

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EMMI MARIA MATIAS IZOLAN

**O DIREITO COMO CLASSIFICAÇÃO E A DIVERSIDADE CULTURAL:
O CORPO HUMANO EM QUESTÃO**

**CURITIBA
DEZEMBRO/2012**

EMMI MARIA MATIAS IZOLAN

**O DIREITO COMO CLASSIFICAÇÃO E A DIVERSIDADE CULTURAL:
O CORPO HUMANO EM QUESTÃO**

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado à Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel

**CURITIBA
DEZEMBRO/2012**

SUMÁRIO

RESUMO	iv
ABSTRACT	v
INTRODUÇÃO	1
1 O DIREITO COMO CLASSIFICAÇÃO E QUALIFICAÇÃO DA REALIDADE	4
2 O CORPO HUMANO CONSTRUÍDO NA MODERNIDADE: REPRESENTAÇÃO SOCIAL, CIÊNCIA, SABER MÉDICO E PESSOA	14
3 O CORPO HUMANO CLASSIFICADO/QUALIFICADO: AS COISAS E AS PESSOAS	24
4 OUTRAS PERSPECTIVAS OU DO CORPO E A DIVERSIDADE CULTURAL	31
4.1 O CORPO INDÍGENA.....	31
5 SOCIEDADES INDÍGENAS E ESTADO: MEDICINA DIREITO E CORPO INDÍGENA	36
5.1 ÍNDIOS E TRATAMENTO DE SAÚDE.....	38
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é a análise do direito construído na modernidade europeia ocidental a partir da teoria de Bernard Edelman, que pensa o direito como qualificador e classificador da realidade. Mais especificamente, trabalha-se com a questão do corpo humano forjado na modernidade e sua tratativa jurídica, isto é, como esse corpo moderno é qualificado e classificado pelo direito e quais são os efeitos desse processo. De outra parte, ressalta-se ser a atuação do direito como classificador redutora da realidade social, principalmente se considerarmos outras configurações culturais, como as existentes nas sociedades indígenas, inegavelmente presentes no Brasil. Com base em estudos da antropologia e da etnologia indígena, reconhecem-se as concepções diferenciadas sobre o corpo existentes nessas comunidades e que são desconsideradas pelo jurídico. Aplicam-se a esses povos as categorias construídas pelo direito com base nas noções modernas, como sujeito de direito e autonomia, não condizentes com a sua cultura, da mesma forma se tomarmos como base a medicina e suas terapias.

Palavras-chave: *direito moderno; classificação; corpo humano; sociedades indígenas.*

ABSTRACT

The objective of this work, based on the theory of Bernard Edelman, who thinks the law as qualifier and classifier of reality, is the analysis of the law built in Western modernity. More specifically, we work with the subject of the human body forged in modernity and its legal dealings, that is how this modern body is qualified and classified by the law and what are the effects of this process. On the other hand, we emphasize the role of the law as a reductive classifier of social reality, especially considering other cultural sensibilities, such as those existing in indigenous societies undeniably present in Brazil. Based on studies of anthropology and ethnology, we underline different conceptions about the body existing in these communities, which are ignored by the law. One apply to these people the categories constructed by modern law, which is based on modern notions not consistent with their culture, such as subject of rights and autonomy, the same if we analyze the medicine and its therapies.

Key-words: *modern Law; classification; human body; indigenous societies.*

INTRODUÇÃO

Não há como negar a historicidade do direito ocidental e a sua imbricação com a sociedade na qual se desenvolve. Entretanto, é também inegável a multiplicidade cultural existente num espaço e tempo determinados. A própria ideia de historicidade nos remete à modernidade e suas características, em oposição à ideia de cultura, com suas particularidades.

Pensando especificamente na sociedade brasileira, a presença de comunidades indígenas desafia a atuação do direito, pensado para e a partir das concepções forjadas na modernidade, ou seja, no mundo europeu ocidental.

O objetivo do presente trabalho é abordar como o corpo humano é apreendido pelo direito e como o tratamento aí estabelecido dificulta sua compreensão para outras realidades culturais.

Partindo dessa finalidade, o primeiro capítulo, intitulado *O direito como classificação e qualificação da realidade*, aborda as definições usuais acerca deste ramo do conhecimento, sua funcionalidade e estrutura, ressaltando especificamente as construções de Bernard Edelman sobre a atuação do direito como sistema de qualificação e de classificação. Ou seja, abordamos a dimensão jurídica como responsável pela delimitação do que adentra e do que fica fora da juridicidade, criando o espaço do direito e do não direito, do lícito e ilícito, do permitido e do proibido, do possível e do impossível. Dessa forma, ordena-se o mundo. Extrai-se dos fatos o que há neles de jurídico e em seguida alocam-se estes fatos em categorias jurídicas preexistentes, classificando-os.

Um dos elementos trazidos para o interior do direito mediante o processo de qualificação/classificação é o corpo humano conforme construído na modernidade. O objeto do segundo capítulo é exatamente *O corpo humano construído na modernidade: representação social, ciência, saber médico e pessoa*. Trata-se do deslinde das concepções e construções sociais prevalentes no individualismo, racionalismo, positivismo e laicidade modernos, e seu tratamento pela medicina, que assume o papel de saber oficial sobre a vida. Reconhece-se, neste ponto, o corpo como algo externo ao indivíduo, sendo classificado como coisa pelo direito e como objeto de tratamento pela medicina. O avanço da sociedade técnica percebe sua fragilidade e propõe a superação por artefatos técnicos. O *ser* o corpo é substituído

pelo *ter* um corpo, já que o indivíduo existe na razão e a partir dela se afirma como sujeito e, portanto, como sujeito de direitos sobre as coisas. Destaca-se, ainda, como o saber médico, com sua visão mecanizada e especializada, contribui para reforçar esta construção.

Apresentados os elementos sobre o corpo na modernidade, passamos a analisar como ele é classificado pelo direito, especialmente a partir das categorias *coisa* e *pessoa*. É o tema do capítulo três, denominado *O corpo humano classificado/qualificado: as coisas e as pessoas*. Este capítulo chama atenção para a ambiguidade existente no ordenamento jurídico, que trata o corpo como quase sagrado, por estar relacionado à pessoa, mas também admite o trânsito jurídico de elementos corporais, tidos, por conseguinte, como bens apropriáveis, passíveis de ingressarem no regulamento jurídico da propriedade.

Interessa, ainda nesse momento do estudo, a ideia de sujeito de direito e de autonomia, como conceitos relativos à proteção do corpo humano aliada a sua possível comercialização. O sistema jurídico é fundado no sujeito de direito dotado de autonomia para reger seus interesses, inclusive para atos de disposição do próprio corpo. Porém, estas categorias são aplicadas indistintamente a configurações culturais variadas, denotando o fechamento do direito sobre si mesmo e, dessa forma, sua não abertura a outras construções sociais.

O corpo humano, tomado como ponto de partida do presente trabalho, é compreendido a partir das particularidades culturais dos diversos agrupamentos humanos existentes em solo nacional. Assim, o capítulo seguinte – *Outras perspectivas ou do corpo e a diversidade cultural* – aborda o tema nas comunidades indígenas, particularmente entre os yawalapíti estudados por Eduardo Viveiros de Castro.

A especificidade dos indígenas na América do Sul reside na riqueza da noção de pessoa, para a qual a corporalidade do homem é central. Consoante os estudos de Viveiros de Castro, a perspectiva indígena é holista, estando o homem e seu corpo imersos no cosmos, sem diferenciação, isto é, sem a separação entre *corpo* e *alma* característica da modernidade. O corpo é humano por ser construído pelas intervenções da cultura e as alterações nos corpos ensejam mudanças sociais (modificações de *status*, entendidas, neste contexto, como as alterações dos espaços públicos ocupados pelos indígenas).

O quinto capítulo, *Sociedades indígenas e Estado: medicina, direito e corpo indígena*, por sua vez, trabalha com o tratamento dispensado aos indígenas pelo Estado, pelo direito e pela medicina, estipulando-se o critério da auto-identificação para a delimitação do que é ser índio e tomando como base o disposto na Constituição da República de 1988 sobre o tema.

Por fim, ainda no mesmo capítulo, abordamos a regulação do Conselho Nacional de Medicina sobre o modo de proceder médico em face do indígena, salientando as dificuldades na consideração das especificidades culturais e na ineficácia percebida muitas vezes na utilização da medicina convencional para estas comunidades, já que pautadas por uma concepção distinta de corpo e, conseqüentemente, de doença e de cura. Ressaltamos, da mesma forma, a questão da autonomia, tida como pressuposto para aplicação das terapias da medicina e para autorização das pesquisas genéticas, e que perpassa também a questão do direito, especialmente se pensarmos na necessidade de consentimento livre e esclarecido, não condizente com as comunidades indígenas, ditas tradicionais.

1 O DIREITO COMO CLASSIFICAÇÃO E QUALIFICAÇÃO DA REALIDADE

A definição do que seja o direito e a delimitação da sua importância depende do ponto de partida: varia em razão do substrato teórico adotado. Em outros termos, a conceituação do direito e a identificação da sua forma de atuação na realidade se relacionam intimamente ao campo de conhecimento do estudioso. Neste sentido, a ideia de direito será distinta para a antropologia, a história, a filosofia, a ciência do direito, etc.

Dentre os diversos ramos da doutrina que abordam a questão do direito moderno e da sua função, trabalharemos com as construções teóricas de Bernard Edelman, filósofo e jurista francês, especialista em direitos do autor e direitos da personalidade, não sem antes abordar as teorizações sobre o direito presentes nos *Manuais e Cursos*.

Usualmente, nos manuais ou cursos, no âmbito civil ou não, o direito é conceituado a partir da função que exerce na sociedade moderna, concomitantemente com a identificação da sua estrutura. Dessa maneira, o direito aparece, exemplificativamente, como conjunto de normas reguladoras da vida social, ou ainda, como ciência do dever ser. O direito é apresentado como um conjunto de normas e leis (as quais compõem a chamada estrutura), com a função de manter a ordem social. A regulação das relações humanas é, portanto, a função do direito, exercida por meio de normas de conduta impostas às pessoas.

Para Orlando Gomes, definir o direito não é tarefa fácil, em razão dos diferentes aspectos pelos quais pode ser analisado. De acordo com esse autor, abundam as definições pautadas pela finalidade ou fundamento das leis e normas, havendo que se considerar apenas o essencial. Neste sentido, duas perspectivas são importantes, a saber, o aspecto formal e o material. De acordo com o primeiro aspecto, o direito “é regra de conduta imposta coletivamente aos homens”¹, já partindo do aspecto material, o direito “é a norma nascida da necessidade de

¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977. (p. 17).

disciplinar a convivência social”². Em suma, o direito é lei, mas entendida de maneira ampla³.

Orlando Gomes dispõe, ainda, que os fatos sociais e econômicos, constituintes do aspecto material da norma explicado acima, adentram o direito por qualificação, operada pelas próprias normas que tratam do assunto. Todavia, a materialidade, considerada o suporte da formalidade da norma, esta sim interessante para a Ciência do Direito, deveria ser analisada por outras ciências, em uma perspectiva positivista própria do período.

Apesar de delimitar o campo da Ciência do Direito, como visto, ao estudo da lei entendida em sentido amplo, Orlando Gomes afirma não poder o direito ser analisado e estudado apenas dogmaticamente, mesmo considerando esta perspectiva um ponto de referência insubstituível. Por ser um fenômeno cultural, a sociedade na qual se desenvolve e atua não pode ser desconsiderada. Ao jurista cabe a interpretação das normas vigentes em uma determinada sociedade e, para tanto, a compreensão da realidade social subjacente é fundamental. Portanto, para Orlando Gomes o direito é lei, mas uma lei ancorada no social, que também deve ser considerado para uma compreensão mais ampla.

Por sua vez, nas construções de Mota Pinto sobre a *Teoria Geral do Direito Civil*, a delimitação da finalidade ou do objetivo do direito não está presente de maneira expressa, mas podemos inferir algumas questões. Para este civilista português, o direito cumpre a função de disciplinar o social, realizando alguns valores, dentre os quais a certeza e a segurança na vida dos homens, bem como a razoabilidade e a justiça das decisões tomadas⁴. Para tanto, deve se pautar por normas gerais, aplicáveis aos mais diversos casos concretos, mediante tarefa interpretativa do órgão julgador.

De acordo com Mota Pinto, ainda, o direito se aplica às relações jurídicas, próprias de uma concepção dinâmica da sociedade. O direito deve disciplinar,

² GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p. 17.

³ “Direito é a norma que vige numa determinada sociedade, impondo-se, pela força da autoridade, às pessoas que a constituem. As especulações sobre outros elementos integrantes do seu conceito pertencem a outra esfera do conhecimento. Fora da lei – tomada essa expressão no seu sentido mais amplo – não há Direito”. (GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p. 18).

⁴ É o que se reconhece na seguinte passagem: “O direito visa, na sua função de meio de disciplina social, realizar determinados valores, fundamentalmente a *certeza* dessa disciplina e a *segurança* da vida dos homens, por um lado, e a *rectidão* ou a *razoabilidade* das soluções, por outro, abrangendo com estes termos (rectidão, razoabilidade) a *justiça*, a *utilidade*, a *oportunidade* e a *exequibilidade prática*”. (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. – 3. Ed. – Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1992, p. 18). [grifos do autor].

regrar, as relações entre os homens, em geral pautadas por interesses divergentes, contrapostos. Para Mota Pinto, o direito disciplina estas relações “dando supremacia a um interesse e subordinando outro”⁵, sem deixar de lado a tutela da personalidade do indivíduo humano em face da estrutura formal da relação jurídica.

Continuando na seara da teoria do direito civil, Francisco Amaral aborda a polissemia do termo direito, que pode ser compreendido, primeiramente, como o conjunto de prescrições dotadas de juridicidade e utilizadas para a disciplina e organização da vida em sociedade. Em uma segunda acepção, o direito é pensado como direito subjetivo, isto é, como um poder do indivíduo de agir ou de exigir de outro determinada ação. Por fim, o vocábulo direito pode indicar a ciência jurídica, ou seja, “o conjunto de conhecimentos teóricos e práticos que têm como objeto o próprio direito como ordem social”⁶.

Apesar da polissemia do termo, a historicidade do direito, bem como sua vinculação ao social e ao humano, são dados inquestionáveis para Francisco Amaral. Isto por que o direito surge das relações interpessoais. É também inquestionável a sua normatividade, atuando sobre a conduta das pessoas e impondo determinados comportamentos. O essencial, portanto, para a compreensão do direito e de sua função passa pela análise das normas, mas também pela relação com o histórico e o social, em suma, com o substrato de realidade existente⁷.

Pontes de Miranda estipula que o direito se interessa pelo inter-humano, regulando, criando, modificando e extinguindo relações jurídicas. Ou seja, o direito é a regulamentação das relações jurídicas, estabelecidas entre o sujeito ativo e o passivo, tendo em vista um objeto. Entretanto, as relações jurídicas são posteriores aos fatos jurídicos, entendidos como os fatos sociais, de maneira geral, que adentram o mundo do direito, sendo por ele classificados.

Influenciado pelas construções de Pontes de Miranda acerca da teoria do fato jurídico, Marcos Bernardes de Mello apresenta o direito como um dos meios de adaptação social. Mello considera que o homem é um ser social e, por conseguinte, convive com outros homens, com interesses muitas vezes contrapostos. Certas

⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Op. Cit.*, p. 2.

⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. – 7. ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. (p. 2).

⁷ Nas palavras do texto: “A compreensão do que realmente seja o fenômeno jurídico não deve partir da visão do direito como simples conjunto de normas ou como determinado procedimento de solução de conflitos de interesses, mas também da certeza de ser ele produto de uma realidade complexa e dinâmica, que é a vida em sociedade, com seus problemas e controvérsias”. (AMARAL, Francisco. *Op. Cit.*, p. 6).

instituições seriam, neste aspecto, necessárias a fim de evitar o caos social e tornar a convivência entre os seres humanos mais harmônica. Uma destas instituições é o direito, ao lado da religião e da família, por exemplo⁸. A distinção do direito seria sua obrigatoriedade, ou seja, a possibilidade de ser imposto aos indivíduos, tornando-o mais eficaz do que as outras formas de adaptação social⁹.

A sociedade é permeada por fatos sociais, que se tornarão jurídicos, isto é, que adentrarão o mundo do direito, se sobre eles se estipular uma norma jurídica. A norma jurídica, a seu turno, define os fatos jurídicos, atribuindo-lhes consequências jurídicas no plano das relações interpessoais¹⁰. Assim, todos os fatos sociais são potencialmente jurídicos, porém apenas alguns adentram o mundo do direito, mediante valorizações e desvalorizações próprias da dinâmica da vida em sociedade.

Nestes conceitos, ao mesmo tempo em que o direito aparece como responsável por manter a ordem social, está nela inserido, contribuindo para a sua configuração. O direito é histórico, não existindo fora da sociedade, como estabelece o brocardo *ubi societas, ibi ius* (onde existe a sociedade existe o direito). Dessa forma, o direito seria uma construção social, imbricado, por conseguinte, na realidade histórica a ele subjacente. Assim, o direito não é universal ou natural, atendendo o seu desenvolvimento a determinados interesses e clamores da sociedade.

Percebemos, também, com esta análise inicial, que os manuais e cursos de ensino jurídico pensam o direito como plexo de normas direcionadas para a regulação da vida social, das relações entre os indivíduos, e, também, como a ciência que analisa este plexo.

As definições apresentadas até o momento servem para uma primeira aproximação acerca do papel do direito e sua delimitação. Construções teóricas usuais e que nos são apresentadas diariamente sem que percebamos ou

⁸ Nas palavras do texto: “Parece claro, assim, que a própria vida social não só impõe, como não pode prescindir da adaptação do homem, motivo pelo qual os processos de adaptação social, especialmente o Direito, são instrumentos indispensáveis à convivência inter-humana”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 1993, p. 6).

⁹ Exemplificando a importância do direito: “(...) as normas jurídicas são indispensáveis e insubstituíveis, porque constituem o único meio hábil e eficaz de evitar o caos social e obter uma coexistência harmônica entre os seres humanos”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 7).

¹⁰ Mello escreve que: “A norma jurídica, deste modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos: - o ser fato jurídico”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 8).

questionemos suas implicações. Pensar o direito e as normas jurídicas como responsáveis pela regulação das relações entre os indivíduos, com o fim de preservar a ordem social, não nos deve afastar de considerar quais espécies de relações estão abarcadas pelo mundo do direito e quais não estão, além de questionarmos o porquê dessas inclusões e exclusões. Quer dizer, o modo de atuação do direito precisa ser desvelado, em toda sua parcialidade e historicidade.

Dessa maneira, acompanhando a construção teórica de Bernard Edelman, podemos pensar que a função primordial do direito é a classificação, ou melhor, a qualificação da realidade em *direito* e *não direito*. As regras jurídicas, em outros termos, criam uma zona de diferenciação entre aquilo que está dentro do ordenamento e aquilo que está fora, entre aquilo que será abarcado pelas normas e aquilo que ficará à margem¹¹.

Comumente, o direito, bem como a atividade dos juristas, é visto por outros ramos do conhecimento como responsável, apenas, pela tradução das demandas sociais, das vontades dos indivíduos, em linguagem técnica, mais precisamente, em linguagem jurídica. Neste sentido, o direito não criaria nada e não teria nenhum objetivo pedagógico.

Para Edelman, esta tarefa do direito como tradutor seria inegável,

Porém, se o direito não inventa nada, é a ele, em contrapartida, que se dirigem o estudioso, o médico, o industrial ou o próprio Estado para sancionar suas práticas. O interesse do direito se situa, portanto, noutra local que não na invenção: o seu interesse se situa no tipo de resposta que traz¹².

Assim, o direito não é inventivo. Entretanto, o tipo de resposta por ele produzida compõe a sua importância mesma. Os desejos sociais, as vontades individuais, os atos, os fatos e as práticas, são alocados na vasta taxinomia jurídica. Todavia, Edelman destaca que as coisas não são classificadas aleatoriamente, ou

11 “Pour le droit, classer c’est tout d’abord, tracer des frontières de son propre point de vue. (...) d’instaurer des frontières entre le licite et l’illicite, le permis et l’interdit, le possible et l’impossible. De ce fait, le droit ordonne les pratiques du point de vue du jugement et cet ordonnancement s’exprime par un classement”. Tradução livre: “Para o direito, classificar é, antes de tudo, traçar as fronteiras de seu próprio ponto de vista. (...) de instaurar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, o permitido e o não permitido, o possível e o impossível. Assim, o direito ordena as práticas do ponto de vista do julgamento e este ordenamento se exprime por uma classificação”. (EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 21).

12 Tradução livre de: “Mais, si le droit n’invente rien, c’est pourtant à lui que s’adressent le savant, le médecin, l’industriel ou l’État lui-même pour faire sanctionner leurs pratiques. L’intérêt du droit se situe donc ailleurs que dans l’invention: il se situe dans le type de réponse qu’il apporte”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 1999, p. 19).

seja, existe um sentido nesta taxionomia¹³, sendo que a forma de classificação jurídica dos fatos, atos e práticas determina quais efeitos serão produzidos, independentemente de qualquer discussão acerca da verdade ou da falsidade dessa classificação. Assim, se o direito proclama que uma célula humana é objeto, *coisa*, contrariando, por exemplo, as construções da biologia, abre espaço para a sua exploração econômica e mercantil. Diferentemente, se a classifica como *pessoa*, interdita qualquer forma de exploração ou de apropriação.

Ao direito interessam apenas os valores validade/invalidade e não os valores verdade/falsidade, próprios das ciências. Edelman destaca, por conseguinte, que o direito implica um julgamento entre o lícito e o ilícito, entre o permitido e o proibido, entre o possível e o impossível. No exemplo da célula humana, acima citado, o julgamento levado a cabo pelo direito implica a atribuição à célula humana de um lugar na ordem jurídica; significa, em outros termos, a atribuição de um estatuto jurídico a este elemento da realidade, a partir do ponto de vista do próprio direito.

Mas, qual o sentido presente na classificação empreendida pelo direito? Edelman estabelece como fundamental a forma pela qual o direito se constitui, avaliando, para tanto, dois processos coligados: como alguma coisa adentra ao direito e como essa coisa passa a compor o ordenamento jurídico, mantendo e fortalecendo o sistema¹⁴.

No primeiro movimento – como alguma coisa passa a ser do direito – importa o método da qualificação, uma das formas de se pensar a realidade. De acordo com o autor, “a qualificação é a forma pela qual o direito revela a natureza jurídica de uma coisa ou de um comportamento”¹⁵. Em outros termos, qualificação “É a operação que consiste em abstrair de uma coisa ou de um comportamento aquilo que, neles, é jurídico”¹⁶.

13 “Mais, précisément, la taxinomie juridique porte en elle-même un sens. En d’autres termes, on ne classe pas, dans le droit, les choses au hasard”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 1999, p. 20). Tradução livre: “Mas, precisamente, a taxionomia jurídica porta nela mesma um sentido. Em outros termos, se classifica, no direito, as coisas ao acaso”.

14 Nas palavras de Edelman: “(...) d’une part, il s’agit de savoir comment quelque chose devient du droit, d’autre part, comment ce quelque chose, ainsi devenu du droit, prend place dans l’ordonnement juridique, c’est-à-dire nourrit et affirme le système”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 1999, p. 30). Tradução livre: “(...) de um lado, trata-se de saber como qualquer coisa torna-se direito, de outro lado, como esta qualquer coisa, assim tornada direito, toma lugar no ordenamento jurídico, quer dizer mantém e afirma o sistema”.

15 Tradução livre de: “(...) la qualification est ce par quoi le droit dévoile la nature juridique d’une chose ou d’un comportement”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 1999, p. 31).

16 Tradução livre de: “C’est l’opération qui consiste à abstraire d’une chose ou d’un comportement ce qui, en eux, est juridique”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 1999, p. 31).

A qualificação, desta feita, revela o que há de jurídico em uma dada coisa e dessa maneira estabelece a relação do direito com o não direito, isto é, a relação do direito com aquelas coisas que ainda não tiveram sua natureza jurídica revelada, mas que o podem ter. É a qualificação mesma que irá realizar esta revelação, transmutando o não direito em direito¹⁷. Cabe ressaltar, ainda, que a qualificação empreendida pelo direito não se relaciona com o binômio verdade/falsidade, pois interessa a este campo a validade ou a invalidade da assertiva em análise.

Para Edelman, portanto, qualquer coisa, ou nos termos de Pontes de Miranda, qualquer fato social é, ao menos potencialmente ou virtualmente, jurídico. A qualificação será responsável por trazer esta coisa para o mundo do direito, desvelando sua natureza jurídica. Este desvelamento, por sua vez, ocorre a partir das demandas da sociedade. São as relações sociais que determinam a natureza jurídica das coisas e cabe ao processo de qualificação a revelação dessas relações.

Um dos exemplos citados por Edelman acerca da classificação/qualificação operada pelo direito, diz respeito às abelhas. Trata-se de definir como as coisas sem dono ou *res nullius* podem ser apropriadas. A qualificação já aparece no momento em que determinadas coisas são consideradas como coisas sem dono, como coisas alocadas no espaço do não direito. Geralmente, os doutrinadores falam dos animais da natureza, isto é, não domesticados, que podem ser apropriados pela caça ou pela pesca, por exemplo.

Se abelhas selvagens, ou seja, ainda não apropriadas e, portanto, pertencentes à esfera do não direito, adentram ao jardim de alguém, deixam de ser selvagens e passam a ter um estatuto jurídico caso esse alguém demonstre a intenção de se apropriar delas, construindo, por exemplo, uma colmeia para prendê-las. A partir desse instante, há alteração na natureza jurídica das abelhas, pois deixam de ser *res nullius* e passam a ser propriedade, deixam de ser selvagens e passam a ser domésticas¹⁸. Alterado o estatuto jurídico, há a possibilidade, por sua

17 “Ainsi, par l’operation de qualification, le droit apprivoise le monde, il le classe selon son ordre, il le range dans ses catégories, en deux mots, il le socialise”. Tradução livre: “Assim, pela operação de qualificação, o direito domestica o mundo, classificando-o segundo sua ordem, organizando-o em suas categorias, em duas palavras, tornando-o social”. (EDELMAN, Bernard. *Quand les juristes inventent le réel: La fabulation juridique*. Paris : Hermann Éditeurs, 2007, p. 134).

18 “Ainsi, en pénétrant dans mon domaine, les abeilles changent, en quelque sorte, de nature : de sauvages qu’elles étaient, elles deviennent domestiques, pour autant que je les ai marquées d’un signe tangible de propriété – en les enfermant dans un ruche – sans quoi elles sont demeurées sauvages et peuvent recouvrer leur liberté originare (« priscina libertas »)”. Tradução livre: “Assim, penetrando em meu domínio, as abelhas trocam, eventualmente, de natureza: de selvagens que elas eram, tornam-se domésticas, desde que eu as tenha marcado com um sinal

vez, do exercício do direito de sequela, caso outra pessoa queira delas se apropriar, ou caso elas deixem as colmeias e se dirijam a um terreno próximo.

Em suma, a propriedade decorre do *trabalho* exercido sobre as abelhas até então selvagens. De acordo com Edelman, esta ideia remonta à teoria desenvolvida por John Locke, segundo a qual o trabalho exercido sobre determinada coisa exclui o direito dos demais sobre essa mesma coisa. Entre os romanos, a seu turno, a alteração da natureza das *res nullius* resultava da apropriação do mundo pelo direito, no sentido de que algo até então selvagem é apreendido pelo mundo *civilizado*. No exemplo das abelhas, elas deixam o mundo selvagem adentrando o jardim de alguém, considerado um espaço social ordenado e, portanto, civilizado, no qual se exerce o domínio.

A ordenação do mundo civilizado, no entanto, para ser eficaz deve se pautar por normas gerais e abstratas, capazes de dar conta das mais diversas situações. Assim, as coisas da natureza podem adentrar o direito, o que significa, como já analisado, que todas as coisas do espaço do não direito, potencialmente, têm elementos jurídicos a serem desvelados. Concluindo o exemplo, Edelman dispõe que

O « fato » representa a parte imprevisível que o homem porta em si mesmo, a contingência das paixões, das pulsões incontroladas, ou ainda aquilo que, na natureza, escapa a seu poder; e todas essas operações de qualificação têm um único objetivo: a submissão à norma, geral e impessoal. Nesta medida, o jurista é, paradoxalmente, um homem da transgressão; não porque, evidentemente, ele viola as normas, mas, ao contrário, porque ele viola as leis da natureza, substituindo-as por suas próprias leis¹⁹.

Nesta perspectiva, por conseguinte, mediante a qualificação, o direito encerra os fatos do mundo em suas fronteiras. Os fatos são nomeados e alocados no interior de um sistema. Em outros termos, o mundo é ordenado, cumprindo o direito sua função *civilizacional*²⁰. A função essencial do direito é contrapor-se ao

tangível de propriedade – as prendendo em uma colmeia – sem o que elas permanecem selvagens e podem reaver sua liberdade original (“*priscina libertas*”). (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 2007, p. 137).

19 Tradução livre de: Le “fait” représente la part imprévisible que l’homme porte en lui-même, l’aléa des passions, des pulsions incontrôlées, ou encore ce qui, dans la nature, échappe à son pouvoir ; et toutes ces opérations de qualification n’ont qu’un seul objectif : la soumission à la norme, générale et impersonnelle. Dans cette mesure, le juriste est, paradoxalement, un homme de la transgression ; non pas, évidemment, parce qu’il viole les normes mais, tout au contraire, parce qu’il viole les lois de la nature pour les substituer ses propres lois (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 2007, p. 140-141).

20 “Le droit a donc apprivoisé la sauvagerie sur le mode mythique de l’enfermement dans des frontières par la seule vertu de la qualification. La norme juridique est le résultat d’un processus par lequel la barbarie est domestiquée du seul fait qu’elle est nommée et trouve sa place dans un

caos, trazendo para a ordem aquilo que dela pode participar²¹ (tirando os fatos da natureza selvagem e os trazendo para o jardim da civilização), em leitura próxima àquela de Marcos Bernardes de Mello, acima exposta.

Ressalta-se, porém, que as coisas ou comportamentos não são apenas qualificados como jurídicos, são também alocados num espaço específico no interior da ordem jurídica, ou seja, são classificados, geralmente para serem apropriados. É o que se reconhece no exemplo das abelhas, classificadas como bens para serem apropriadas por um sujeito de direito.

Em outros termos, a classificação não ocorre no vazio, mas sim a partir de elementos preexistentes, de uma ordem preestabelecida. De acordo com Edelman, “Nós podemos dizer então que o direito funciona por uma série infinita de ajustamentos das qualificações no seio de um corpo pré-determinado”²². Uma prática nova, um acontecimento do real é adequado ao corpo preexistente, produzindo um novo conjunto de interpretações possíveis. Reconhece-se, portanto, que nada pode escapar ao direito, fundamentado em si mesmo e responsável pela imposição de uma coerência social e pela determinação da conduta social dos homens²³.

Tendo em vista que a qualificação, como já exposto, opera a partir de elementos preexistentes, no interior de uma ordem preestabelecida, reconhece-se a sua sustentação por normas. Isto é, os fatos da vida social são apreendidos e organizados a partir de normas, organizadas em sistema e que permitem a generalização. De fato, a plena eficácia do direito depende da sua configuração como sistema ou totalidade (nada pode escapar do direito). Em outras palavras, o processo de qualificação/classificação encerra os fatos do mundo em categorias conhecidas de antemão, organizadas e interpretadas como regras de uma

systeme”. Tradução livre: “O direito, portanto, domestica a selvageria pelo modo místico do encerramento em seus fronteiras apenas em virtude da qualificação. A norma jurídica é o resultado de um processo pelo qual o bárbaro é domesticado pelo simples fato de ser nomeado e encontrar seu lugar em um sistema”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 2007, p. 157-158).

21 Edelman estabelece que “(...) a função primeira, essencial do direito, é lutar contra o caos, impor a ordem na desordem, ou, principalmente, de livrar da desordem o que pode participar da ordem”. Tradução livre de: “(...) la fonction première, essentielle du droit, este de lutter contre le chaos, d’imposer l’ordre dans le désordre ou, plutôt, de dégager du désordre ce qui peut participer de l’ordre”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 2007, p. 285).

22 Tradução livre de: “On peut dire alors que le droit fonctionne par une série infinie d’ajustements des qualifications au sein d’un corpus prédéterminé”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 1999, p. 36).

23 “Rien ne peut échapper au droit puisqu’il est, à soi-même, son propre fondement et que son auto-définition détermine la conduite sociale des hommes, dans la mesure où elle en est issue”. Tradução livre: “Nada pode escapar ao direito, tendo em vista que ele é, em si mesmo, seu próprio fundamento e que sua auto-definição determina a conduta social dos homens, na medida em que ela está em questão”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 2007, p. 130).

totalidade. Não há espaço para construções distintas, pois, como visto, o direito só trabalha com o binômio validade/invalidade (ou o fato está classificado pelo direito e então produzirá efeitos jurídicos ou não está e, portanto, não terá relevância, será espaço de não direito).

A classificação, contudo, não é imutável ou perene, posto que não é natural ou imanente. Trata-se de uma construção social e a partir das demandas da sociedade, conseqüentemente, é alterável.

Apesar de a classificação ser mutável, as alterações não ocorrem no vazio. De outra parte, as classificações empreendidas pelo direito têm uma razão de ser, isto é, não são estabelecidas ao acaso ou aleatoriamente. Há uma visão de mundo como substrato, cabendo ao teórico do direito o deslinde dos conceitos fundamentais desse campo de conhecimento e o desvelamento das relações entre a classificação do direito e a realidade social.

2 O CORPO HUMANO CONSTRUÍDO NA MODERNIDADE: REPRESENTAÇÃO SOCIAL, CIÊNCIA, SABER MÉDICO E PESSOA

Um dos elementos, ou fatos sociais, que adentram ao mundo do direito e por ele é classificado é o corpo humano, substrato último do sujeito de direitos na ordem jurídica.

Como visto, o direito está imbricado na sociedade da qual emerge, num jogo de influências recíprocas. Dessa maneira, a forma como o corpo humano é classificado e qualificado juridicamente decorre da forma como ele é pensado e construído socialmente.

Marcel Mauss, em *Sociologia e Antropologia*²⁴, destaca que cada sociedade desenvolve técnicas diferenciadas, aplicadas aos corpos humanos. Assim, percebe que as técnicas do nado são distintas de sociedade para sociedade e variam no tempo. Avalia, ainda, a marcha dos diferentes exércitos, de diferentes países e o fato das tropas inglesas não conseguirem utilizar as pás francesas. Passa, também, pela questão da posição das mãos nos momentos de descanso ou à mesa, pelo modo de andar das mulheres e pelas técnicas de corrida. Apresenta inúmeros exemplos,

24 MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

portanto, a fim de teorizar acerca do *habitus* e sua natureza social, colocando que cada sociedade tem seus hábitos próprios, que não são somente individuais ou psicológicos, mas, da mesma forma, não são somente coletivos ou sociológicos. Para Mauss, “Esses ‘hábitos’ variam não simplesmente com os indivíduos e suas imitações, variam, sobretudo com as sociedades, as educações, as conveniências e as modas, os prestígios”²⁵, com grande centralidade para o papel da educação.

Os atos técnicos são, para Mauss, atos montados nos indivíduos, com suas características próprias, psicológicas, podemos dizer, mas com importância central para a sua educação, para a sociedade na qual estão inseridos e de acordo com os lugares nela ocupados. Dessa maneira, de acordo com Mauss, existem técnicas do corpo que variam conforme os sexos, as idades, o rendimento e a transmissão das suas formas, explicadas pela conjugação de elementos fisiológicos, psicológicos e sociais. Os atos técnicos são mais ou menos habituais e mais ou menos antigos para os indivíduos e para a sociedade em que vivem, porém, sempre são montagens fisio-psico-sociológicas. Na vida em sociedade, os indivíduos devem saber o que fazer e como se portar em todas as situações e condições, o que não significa, contudo, ausência de anormalidades e erros.

Considerando o passado colonial da sociedade brasileira, bem como a sua atual posição na cena econômica, as construções da modernidade ocidental europeia são centrais, são essas construções que ditarão as técnicas aplicadas ao corpo humano e à forma de pensá-lo. Assim, qual o corpo humano construído neste contexto histórico?

Neste sentido, de acordo com Le Breton²⁶, o corpo moderno é distinto daquele existente na época pré-moderna. A construção do corpo moderno, ao menos em uma tendência que se pode dizer predominante, se pauta pelo individualismo, pelo racionalismo, pelo positivismo e laicidade em face da natureza e pela existência de um saber oficial – a medicina.

Nas sociedades denominadas holistas ou tradicionais, como as comunidades medievais e as comunidades indígenas, o homem é o seu corpo e está imerso no cosmos (está imerso na natureza e na comunidade). Dessa forma, não há cisão entre o homem/a pessoa e o seu corpo, assim como não há o indivíduo, uma construção própria da modernidade. Em outros termos, nas

25 MAUSS, Marcel. *Op. Cit.*, p. 404.

26 LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*. Petrópolis: Vozes, 2011.

sociedades ditas tradicionais, “A imagem do corpo é uma imagem de si, alimentada das matérias-primas que compõem a natureza, o cosmos, em uma espécie de indistinção”²⁷.

Na concepção de corpo tributária da modernidade ocidental, por sua vez, ele é elemento separado do homem. Socialmente, o corpo é visto como sinal de individuação, diferenciando o homem dos demais e marcando a posição do sujeito. Representativamente, o corpo é tido como algo externo ao sujeito, como algo que dele está dissociado. Neste caso, paradoxalmente, o homem não se resume ao seu corpo, o homem *tem* um corpo, ao mesmo tempo, porém, não deixa de *ser* esse corpo. “Por um lado, o corpo como suporte do indivíduo, fronteira de sua relação com o mundo; e, em outro nível, o corpo dissociado do homem ao qual confere a sua presença, e isso por meio do modelo privilegiado da máquina”²⁸.

O pertencimento a uma comunidade perde espaço para o ser si mesmo, para o ser um indivíduo e, desta forma, o corpo passa a ser o signo de distinção de uns em relação aos outros.

Par a par com o individualismo, há a dessacralização da natureza e, conseqüentemente, do corpo. Antes intocável, pois indiferenciado do ser humano e do cosmos, passa a ser objeto de estudo, haja vista a banalização da dissecação de cadáveres nos séculos XVI e XVII e o desenvolvimento da anatomia e da fisiologia.

Até o momento em que o sujeito e seu corpo compunham um todo indiferenciado, juntamente com o cosmos, as dissecações, os derramamentos de sangue eram práticas interditas. O corpo, por ser o sujeito, era dotado de sacralidade. De acordo com as palavras de Le Breton,

Durante toda a duração da Idade Média, as dissecações são proibidas, impensáveis mesmo. A introdução violenta do utensílio nos corpos seria uma violação do ser humano, fruto da criação divina. Além disso, seria atentar contra a pele e a carne do mundo. No universo dos valores medievais e renascentistas, o homem está tomado pelo universo, ele condensa o cosmos. O corpo não é isolável do homem ou do mundo: ele é o homem e é, na devida proporção, o cosmos²⁹.

Com a modernidade – o individualismo, o desenvolvimento das cidades e das trocas comerciais, a fragilização dos laços comunitários, o desenvolvimento das

27 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 31.

28 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 41.

29 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 72.

ciências e do racionalismo – o corpo humano passa a ser visto de forma isolada, isto é, corpo e ser humano passam a ser coisas distintas. Em outros termos, o corpo se torna algo exterior ao sujeito, que passa a *ter* um corpo. “O corpo é posto em suspensão, dissociado do homem; ele é estudado por si mesmo, como realidade autônoma. Ele deixa de ser o signo irreduzível da imanência do homem e da ubiquidade do cosmo”³⁰.

A partir dessa alteração e concomitantemente a ela, a anatomia ganha centralidade, tornando-se prática comum a dissecação de cadáveres. Essa ciência rompe com a epistemologia anterior, abrindo espaço para o conhecimento moderno do corpo, como bem coloca Le Breton.

Posteriormente, com o *momento Descartes*, o corpo, já dissecado, se submete a uma metáfora mecânica, invólucro do ser humano na sua condição de ser pensante. Trata-se da consolidação da dualidade entre corpo e espírito. Mas não há apenas a dualidade, pois que o corpo é a parte depreciada e acessória em face do homem, do ser humano. Na sociedade tecnológica a fragilidade do corpo humano resta potencializada, ensejando desejos de superação. Para Le Breton, nesse contexto, “O homem está sobrecarregado de um corpo que tem a desvantagem, mesmo se é considerado como uma máquina, de não ser suficientemente confiável e rigoroso em sua percepção dos dados do ambiente”³¹, sendo o racional e o pensamento uma das categorias do espírito e não do corpo. Ou ainda,

O corpo é visto como um acessório da pessoa, que se processa no registro do *ter*, já não sendo indissociável da presença humana. A unidade da pessoa é rompida, e essa fratura designa o corpo como uma realidade acidental, indigna do pensamento. O homem de Descartes é uma colagem no qual se friccionam um espírito que só encontra sentido em pensar, e um corpo, ou antes, uma máquina corporal, redutível exclusivamente à sua extensão³².

O corpo é, simultaneamente, e por isso com ambiguidades, o signo de distinção do homem em face dos seus semelhantes e algo depreciado, negativo, espaço do não valor, do acessório, responsável pelas diversas limitações enfrentadas pelo ser humano, dentre as quais o próprio término da vida, com a morte. Sigmund Freud apontava a fragilidade do corpo humano como um dos fatores

30 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 72-73.

31 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 106.

32 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 107.

de infelicidade da civilização, considerando-a insuperável. Em face da morte, só podemos nos resignar³³.

A metáfora da máquina, anteriormente citada, passa a ser utilizada para se referir ao corpo. Não haveria nenhuma diferença substancial entre uma máquina construída por homens e o corpo humano. As diferenças existiriam em termos de complexidade e de aperfeiçoamento, em um primeiro momento. Porém, com o avanço da técnica e da ciência, o corpo, precário, insuficiente e limitado, seria ultrapassado.

Como bem ressaltou Sigmund Freud em *Mal-estar na civilização*, a aposta da modernidade foi na técnica e na ciência, não sem perdas e consequências graves para os relacionamentos humanos e do homem com a natureza³⁴. Dessa forma, a técnica e a ciência, em seu desenvolvimento, transcenderiam o corpo, lugar não confiável, lugar da morte. Para Le Breton,

A filosofia mecanicista prevaleceu historicamente sobre as outras visões do corpo. A carne do homem presta ao embaraço, como se este devesse declinar de uma realidade tão pouco gloriosa. A metáfora mecânica aplicada ao corpo ressoa como uma reparação para conferir ao corpo uma dignidade que ele não seria capaz de ter permanecendo simplesmente um organismo.

³⁵

Com o racionalismo crescente da modernidade, conseqüentemente, o corpo foi pensado, em relação ao sujeito, como algo externo e extranumerário, isto é, algo a ser superado pela razão e, por conseguinte, pelas inovações técnicas e científicas. Assim, a dominação da natureza pela técnica envolveria também o domínio e, posteriormente, o abandono do corpo, visto por Freud como uma das fontes do

33 Freud trabalha com as três fontes de onde vem o nosso sofrer: "(...) a prepotência da natureza, a fragilidade de nosso corpo e a insuficiência das normas que regulam os vínculos humanos na família, no Estado e na sociedade. (...) Nunca dominaremos completamente a natureza, e nosso organismo, ele mesmo parte dessa natureza, será sempre uma construção transitória, limitada em adequação e desempenho". (FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011, p. 30).

34 De acordo com as palavras de Freud: "Nas últimas gerações a humanidade fez progresso extraordinários nas ciências naturais e em sua aplicação técnica, consolidando o domínio da natureza de um modo antes inimaginável. Os pormenores desses progressos são conhecidos; não é mister enumerá-los. Os homens estão orgulhosos dessas realizações, e têm direito a isso. Mas eles parecem haver notado que esta recém-adquirida disposição de espaço e de tempo, esta submissão das forças naturais, concretização de um anseio milenar, não elevou o grau de satisfação prazerosa que esperam da vida, não os fez se sentirem mais felizes". (FREUD, Sigmund. *Op. Cit.*, p. 32). Mais a frente, "Não apenas parece um conto de fadas; é mesmo o cumprimento de todos os – não, da maioria dos – desejos dos contos, isso que o homem, por meio de sua ciência e técnica, realizou nesta Terra (...)". (FREUD, Sigmund. *Op. Cit.*, p. 36).

35 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 126.

sofrer (ao lado da prepotência da natureza e a insuficiências das normas que regulam a vida em sociedade), em virtude da sua fragilidade³⁶.

Grande parte das representações atuais sobre o corpo decorre do saber biomédico. É a medicina, descendente das dissecções dos anatomistas do passado, a ciência que detém o discurso oficial sobre o corpo humano. É um discurso que convive com outros ainda presentes nas tradições populares de cura, mas é o discurso oficial, erudito, de acordo com o qual o corpo é composto por inúmeras partes, cada qual com uma função específica. Assim, o saber sobre o corpo, para a medicina, é compartimentalizado e especializado, afastado de uma concepção holista do homem, tido como ser participante do cosmos.

No saber biomédico, o corpo está separado do homem, distingue-se dele. Prevalece o corpo como propriedade (*ter* um corpo), submetido a regras biológicas próprias. Postura não muito diferente da existente na juridicidade moderna, fundamentada na ideia e sujeito de direito livre e dotado de autonomia para regular seus interesses, mesmo que relacionados ao seu próprio corpo, visto como separado ou externo a si.

A medicina desconsidera o sujeito, sua história, seus medos e angústias; trabalhando apenas com o mecanismo corporal ela não inclui nos diagnósticos e tratamentos o homem vivo; enfim, ela separa o doente de sua doença, para estabelecer esta como objeto de conhecimento. O corpo está separado do cosmos. Diferentemente, nos saberes tradicionais e populares ainda presentes

(...) o corpo não está circunscrito somente aos limites da pele, e de tudo aquilo que constitui a identidade social do homem (...). O corpo não é, além disso, cindido do sujeito; ele encarna sua condição e permanece solidário a todas as matérias que se desprendem dele no curso de sua vida.³⁷

As representações do corpo na atualidade são forjadas a partir desses saberes distintos, contraditórios e incompatíveis entre si. O sujeito transita entre o saber biomédico, os saberes orientais e os tradicionais, por exemplo, realizando uma verdadeira bricolagem de conhecimentos sobre o seu corpo, o que resulta numa representação fragmentária, com referências diversas. Num mundo em que

³⁶ Freud, talvez por desconhecer os atuais avanços da genética e da biomedicina, afirma, em citação já transcrita anteriormente, que "Nunca dominaremos completamente a natureza, e nosso organismo, ele mesmo parte dessa natureza, será sempre uma construção transitória, limitada em adequação e desempenho". (FREUD, Sigmund. *Op. Cit.*, p. 30), ilustrando adequadamente a postura moderna em face do corpo humano.

³⁷ LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 134.

prevalece o individualismo em detrimento da comunidade, o corpo se constrói a partir de inúmeras referências, escolhidas pelo indivíduo dentre aquelas capazes de diferenciá-lo dos demais.

De fato, a definição de corpo é preocupação constante na história da ciência e da filosofia; filósofos reconhecidos trabalharam com essa questão. O corpo foi pensado como substância ou como imagem e representação; foi pensado, ainda, como estrutura libidinal, um modo do desejo. Contemporaneamente, com os avanços tecnológicos, como foi o mapeamento do genoma humano, a discussão parece assumir outros rumos, embora esteja centrada, da mesma forma, no corpo, na sua conceituação e no seu controle. Se anteriormente era algo desconhecido a ser descoberto, atualmente é algo desvendado e passível de ser criado artificialmente.

A separação entre o corpo e o homem possibilita a valorização técnica e mercantil daquele. Com os avanços da medicina e da biologia, o corpo é dividido em suas numerosas partes, que se tornam itens disputados de consumo. No mercado atual há necessidade de órgãos e materiais humanos, para pesquisa médica e biológica, para fabricação de produtos farmacêuticos ou transplantes. Em outros termos, “O corpo é decomposto em seus elementos, submetido à razão analítica”³⁸, gerando conhecimento. O homem deixa de ser apenas o fim, ou melhor, o motivo dos avanços científicos, e passa a ser também o meio.

Para a ciência moderna, o ser humano e seu corpo são tidos como objetos manipuláveis e não sujeitos, como coloca Adauto Novaes³⁹. A ciência moderna não se funda mais na contemplação e na especulação, próprias do Medievo, pois o que interessa são as relações de causa e efeito e, principalmente, a causação dos efeitos, seu controle.

Com o “projeto genoma”, por exemplo, importante notícia de avanço na biologia, muito daquilo que era considerado social ou cultural passa a ter uma causa natural. O humano se aproxima mais da natureza e se afasta do social. Assim, o corpo é resultado de simples arranjos cromossômicos, tal qual uma máquina e suas engrenagens. Entretanto, esta centralidade do natural não é um dado necessário, é um rumo escolhido pela própria sociedade, na qual a tecnologia e a ciência, com o

38 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 353.

39 NOVAES, Adauto. A ciência no corpo. In: NOVAES, Adauto. *O homem-máquina: a ciência manipula o corpo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. (p. 11).

intuito de controle da natureza, são valorizadas.

O homem, produto do meio social, foi uma das perspectivas do Iluminismo - a perspectiva majoritária -, contudo, este também produziu a ideia de que a ordem social pode ser atingida pela fabricação de indivíduos no laboratório, pela atuação sobre os corpos desses indivíduos, tornando-os dóceis. É a posição que prima pelo biológico em detrimento do cultural e do social, ou seja, os homens e suas ações são definidos pelo seu aparato biológico e não pela vida em sociedade (o homem não seria mais do que uma espécie animal). Se, por um lado, esta postura liberta o homem das amarras da religião e da sociedade, por outro, impede qualquer crítica para alteração do estado de coisas. Em outros termos, o corpo é matéria e é ela que define as nossas ações.

No Brasil, as alterações nas maneiras de se pensar o corpo humano também são sentidas. Trabalhando com o cadáver, isto é, com o corpo morto, Cláudia Rodrigues e Maria da Conceição Vilela Franco colocam que no Brasil colonial e até o século XIX os sepultamentos aconteciam nos templos ou ao seu redor, com o intuito de aproximar os cadáveres da santidade e do santificado e, assim, facilitar a entrada destes corpos no céu quando da ressurreição. Dessa maneira, reconhece-se não haver uma separação absoluta entre o corpo e a alma, similarmente às concepções já analisadas, ditas holísticas, características das sociedades tradicionais.

De acordo com as autoras supracitadas,

Essas atitudes seriam alteradas com o passar do tempo, principalmente a partir da segunda metade daquele século, em virtude da transformação da concepção sobre o corpo morto. Cada vez mais, este passaria a ser identificado como um despojo, um resto, mais que tudo, capaz de causar doenças em decorrência do processo de putrefação, o que levaria ao progressivo distanciamento dos vivos para com eles, em uma ótica mais biologizada do que sacralizada⁴⁰.

As autoras destacam que, na tradição católica anterior, corpo e alma, apesar de distintos, estavam ligados. Era comum se falar em doenças da alma quando das doenças do corpo, atestando um estatuto sagrado do corpo. Assim, como já citado pelos estudos de Le Breton, as dissecações e autópsias eram práticas interdidas, mesmo se tivessem objetivo de obtenção de conhecimento.

40 RODRIGUES, Cláudia; VILELA FRANCO, Maria da Conceição. O corpo morto e o corpo do morto entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORE, Mary; AMANTINO, Marcia. (orgs.). *História do corpo no Brasil*. São Paulo: Editora Unesp, 2011. (p. 174).

A distinção entre corpo e alma, nos moldes do pensamento contemporaneamente, decorreu do aparecimento do dualismo cartesiano, que associava o corpo humano a simples matéria, fora, portanto, do campo do sagrado. “Segundo tal lógica, ambos [corpo e alma] se distinguem efetivamente como duas substâncias. Concebida como uma que pensa, a alma seria irreduzível ao atributo da extensão, própria do corpo. Gerado como uma máquina, regida por leis da mecânica (...)”⁴¹. Esta concepção, retomando ideias já trabalhadas, permitiu a consideração de algo do humano como sobra ou resíduo, isto é, possibilitou a abordagem do corpo como dejetivo.

Se anteriormente, as doenças eram do espírito e tratadas predominantemente pelos sacerdotes, agora as doenças são da carne, derivadas do mau funcionamento de alguns órgãos, de certo desequilíbrio biológico, sendo tratadas, preferencialmente, por médicos, com todas as implicações anteriormente vistas; dentre as quais a visão maquinizada e compartimentalizada do corpo humano e a organização da medicina por especialidades.

Neste contexto, pensando nos corpos mortos, no Brasil, conforme colocam Cláudia Rodrigues e Maria da Conceição Vilela Franco,

Os defensores da secularização do cemitério geralmente viam o corpo morto como matéria putrefata ou sujeita à putrefação. Daí serem as necrópoles de competência da medicina, da higiene, do poder público e civil, e não mais da alçada da Igreja, que deveria ter apenas a jurisdição sobre o cerimonial religioso⁴².

A partir da análise das autoras acerca da destinação dos chamados defuntos, cadáveres ou *de cuius*, mais recentemente, podemos reconhecer como as transformações da modernidade foram também sentidas no Brasil. No período da Colônia e até meados do século XIX, predominava uma construção social em que, apesar de separados, corpo e alma estavam ligados, atribuindo ao corpo humano um caráter sagrado e tornando-o, desta feita, inviolável. Posteriormente, no entanto, a ruptura entre espírito e matéria se radicaliza, especialmente no período que Le Breton denomina “momento cartesiano”. A culminância desse processo em terras

41 RODRIGUES, Cláudia; VILELA FRANCO, Maria da Conceição. O corpo morto e o corpo do morto entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORE, Mary; AMANTINO, Marcia. (orgs.). *Op. Cit.*, p. 176.

42 RODRIGUES, Cláudia; VILELA FRANCO, Maria da Conceição. O corpo morto e o corpo do morto entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORE, Mary; AMANTINO, Marcia. (orgs.). *Op. Cit.*, p. 182-183.

brasileiras se deu com a defesa da cremação dos cadáveres na década de 1880, mas que só foi efetivada em 1975 no estado de São Paulo e em 1995 no Rio de Janeiro.

Reconhece-se que o corpo é construído, pensado e representado de uma forma bastante específica nas sociedades ocidentais modernas, sofrendo alterações contínuas. De acordo com Le Breton,

Para as orientações técnicas e científicas da Modernidade, o corpo humano é um esboço, um rascunho cujos desempenhos é preciso controlar e melhorar. Ou mesmo suprimi-lo para uma melhor funcionalidade. Corpo supranumerário, ao qual o homem deve sua precariedade, e que importa tornar impermeável ao envelhecimento ou à morte, ao sofrimento ou à doença⁴³.

Parece-nos que a perspectiva do paradigma biologicista vem se tornando predominante nos dias atuais, especialmente com os avanços no campo da genética que assistimos diariamente na mídia. De acordo com Sérgio Paulo Rouanet, esta postura valoriza o corpo, que anteriormente era inferior à alma, ao espírito, porém, ao mesmo tempo, “(...) o corpo foi profanado, já que deixou de ser visto como um sacrário que continha uma coisa infinitamente preciosa, a alma. Com isso, abriu-se o caminho para a banalização do corpo, sua instrumentalização, sua mercantilização”⁴⁴. Se o corpo é uma máquina, pode ser consertada e aperfeiçoada. O problema é que os padrões do que seja aperfeiçoamento e conserto se alteram de sociedade para sociedade. Quem definirá o que deve ser aperfeiçoado ou consertado e o que deve ser destruído?

A continuidade entre as plantas, os animais e o homem, visto como mais um na escala da natureza, permite, por exemplo, as experiências transgênicas, cujas consequências não estão explicitadas, e todas as formas de manipulação genética (se o homem é uma máquina, diz Rouanet, pode ser produzido em série). A ingenuidade não pode prosperar: a decifração do código genético não é uma ação desinteressada, é uma ação que visa à manipulação, como coloca Laymert Garcia dos Santos⁴⁵, e mais, uma manipulação em atenção aos interesses de grandes conglomerados econômicos.

43 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 401.

44 ROUANET, Sérgio Paulo. O homem-máquina hoje. *In: ADAUTO, Novaes. Op. Cit.*, p. 53.

45 SANTOS, Laymert Garcia *apud* MAIA, Antonio Cavalcanti. Biopoder, biopolítica e o tempo presente. *In: ADAUTO, Novaes. Op. Cit.*, p. 91.

Com as inovações científicas, há aqueles que prenunciam o fim do corpo “carne”, em prol de uma vida “virtual”. O corpo humano seria obsoleto se comparado às tecnologias existentes contemporaneamente, que possibilitarão a nosso “espírito” ser transmitido para uma máquina mais adequada. Seriam novos sujeitos, libertos de seu corpo, seriam pós-humanos.

Assistimos, atualmente, pelo menos três ramos de promessas nas inovações tecnológicas, capazes de unir o humano e o inumano, são elas: a robótica, a biotecnologia e a nanotecnologia. O resultado disso, como coloca Luiz Alberto Oliveira, é que “Esse poder de gerar formas artificiais é aplicável a toda matéria-prima biológica – *incluindo nós mesmos*. (...) nossos corpos e espíritos são doravante insumos que podem ser manipulados para o engendramento de novas corporalidades e novos seres”⁴⁶. E mais adiante, o mesmo estudioso nos diz que “De animais técnicos que usam ferramentas, passamos para o operário mecanizado de Chaplin, para trabalhador automatizado de *Metropolis*, mas agora o que temos é um homem fundido às máquinas, um *homem-máquina* no sentido literal”⁴⁷.

Mas como esse corpo é captado pelo direito, ou melhor, como é classificado e qualificado, retomando as noções trabalhadas anteriormente?

3 O CORPO HUMANO CLASSIFICADO/QUALIFICADO: AS COISAS E AS PESSOAS

Pelo exposto até o momento, reconhece-se que a noção de corpo e a forma como é pensado e representado em nossas sociedades ocidentais modernas se deve a uma construção social de longa duração, que remonta ao Renascimento e à proeminência do individualismo em detrimento da comunidade. O nosso corpo é devedor de uma concepção social que prima pelas inovações tecnológicas e científicas, capazes de superação desse mesmo corpo, tido como insuficiente e não confiável. Primeiramente distinto do próprio homem que o encarna e, contemporaneamente, alterado pela tecnologia e pela ciência, como este corpo é

46 OLIVEIRA, Luiz Alberto. Biontes, bióides e borgues. *In: NOVAES, Aduauto Op. Cit.*, p. 169-170. (grifos do autor).

47 OLIVEIRA, Luiz Alberto. Biontes, bióides e borgues. *In: NOVAES, Aduauto. Op. Cit.*, p. 170. (grifos do autor).

pensado pelo direito? Qual é a classificação empreendida, pensando nos termos do primeiro capítulo? Pelo direito como classificação/qualificação da realidade?

Nas palavras de Le Breton: “Em nossas sociedades ocidentais, o corpo é, portanto, o signo do indivíduo, o lugar de sua diferença, de sua distinção; e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, está frequentemente dissociado dele, devido à herança dualista que pesa sempre sua caracterização ocidental”⁴⁸. E esta dualidade vai se refletir na seara jurídica.

Trata-se de um tema em que as alterações na qualificação jurídica são claramente perceptíveis. Se anteriormente o corpo humano era sagrado, estando ligado à humanidade do homem, contemporaneamente, em razão dos avanços técnicos e científicos, o homem vivo, de alguma forma, se tornou objeto de direito, a partir da exploração científica e comercial do seu corpo e de elementos dele extraídos. Assim, o homem vivo não é mais somente pessoa, isto é, sujeito de direitos na ordem jurídica, é também coisa, ou seja, objeto de direito.

Em meados do século XX, Pontes de Miranda, ao trabalhar com a temática do corpo humano no direito, trazia a ambiguidade da qualificação jurídica, sentida ainda atualmente, talvez de forma mais pronunciada. Nos dizeres do autor, “As coisas, *stricto sensu*, são os objetos corpóreos”⁴⁹, que serão objetos de direito quando indicadas como tais pelo próprio direito. De acordo com ele, ainda, “O homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito”⁵⁰. Todavia, o civilista indicava como objetos sobre os quais se poderia exercer o direito de propriedade as partes destacadas do corpo humano, que eram propriedade daquele de quem foram tiradas⁵¹. Dessa forma, o corpo, apesar de ser o humano, também lhe é exterior e neste aspecto é pensado em termos do direito de propriedade. Ou seja, o indivíduo do qual são destacadas partes do corpo é proprietário dessas partes, podendo delas usar, fruir e dispor.

O corpo humano, na seara do direito, está relacionado à pessoa, já que a encarna. Porém, é visto também como algo exterior, como objeto passível de

48 LE BRETON, David. *Op. Cit.*, p. 11.

49 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral: Tomo II: Bens. Fatos Jurídicos. – 3. ed. - Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970. (p. 10).

50 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit.* Tomo II, 1970, p. 11.

51 Pontes de Miranda dizia que “O homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito; mas as partes corporais, uma vez separadas, pertencem, como coisa, àquele de quem foram tiradas”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit.* Tomo II, 1970, p. 12).

apropriação, como um meio e não como um fim. Esta ambiguidade na tratativa do corpo humano perpassa a distinção operada pelo direito entre *coisa* e *pessoa*.

Dentre as grandes categorias do direito, utilizadas para a classificação dos elementos da realidade, as de *pessoa* e de *coisa* são centrais. Pessoa seria o homem e coisa seria aquilo que por ele pode ser apropriável. Pensando nas relações jurídicas, os homens seriam os sujeitos de direito e as coisas, em sentido amplo, seriam os objetos destas relações.

Todo o sistema jurídico moderno é sustentado pelos sujeitos de direito; são eles que estabelecem relações uns com os outros no interior de uma sociedade. O sujeito de direito é aquele que está na posição de titular de um direito, é aquele que aparece como um dos termos do suporte fático das relações jurídicas, para Pontes de Miranda, que também o apresenta como “o ente que figura ativamente na relação jurídica fundamental ou nas relações jurídicas que são efeitos ulteriores”⁵².

Embora nem sempre tenha sido assim, visto que historicamente alguns seres humanos não tinham capacidade de direito, atualmente todas as pessoas, e somente elas, são sujeitos de direito, como coloca o art. 1º do Código Civil (“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”), sejam pessoas jurídicas, que não nos interessam no presente estudo, ou pessoas físicas⁵³. Em outros termos, os seres humanos, ao lado das pessoas jurídicas, são titulares de direitos e obrigações na ordem jurídica. Podemos afirmar, inclusive, não haver direitos sem sujeitos. “O Direito só pode ser concebido, tendo como destinatários os seres humanos em convivência”⁵⁴. Para Edelman, neste sentido, o sujeito é, ao mesmo tempo, o fim do direito e sua origem⁵⁵.

52 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral: Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. (p. 160).

53 De acordo com Pontes de Miranda: “Sujeito de direito é a pessoa. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit.* Tomo I, 1970, p. 161).

54 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Op. Cit.*, p. 84.

55 Exemplificando com uma passagem do texto: “Tradicionalmente, o direito subjetivo é a expressão do poder reconhecido ao indivíduo pelo Direito - ou pelo Estado (...). É por isso que o sujeito é, concomitantemente, o fim do direito e sua origem. O fim do direito, na medida em que tudo converge sobre ele, sua origem, na medida em que sem o reconhecimento de sua existência, o direito não terá mais objeto”. Tradução livre de: “Traditionnellement, le droit subjectif est l'expression du pouvoir reconnu à l'individu par le Droit – ou l'État. (...) C'est pourquoi le sujet est, à la fois, la fin du droit et son origine. La fin du droit, dans la mesure où tout converge vers lui, son origine, dans la mesure où sans la reconnaissance de son existence, le droit n'aurait plus d'objet”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 1999, p. 14).

Dentre os direitos e obrigações de que são titulares os seres humanos e que estão umbilicalmente relacionados ao corpo, por ser este a própria pessoa humana, destacamos os direitos da personalidade, mais especificamente o direito ao próprio corpo. Neste sentido, nosso ordenamento jurídico civil protege o sujeito da invasão ou da violação do seu corpo. Esta violação só pode ocorrer mediante consentimento, ou seja, depende de manifestação da vontade do indivíduo. Por outro lado, a vontade é limitada, no que diz respeito aos atos de disposição do próprio corpo, já que a lei estipula mínimos morais e éticos a serem observados.

Neste sentido, o artigo 13 do Código Civil pátrio estabelece que “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. E o artigo 14 dispõe que “É válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

Ao lado dos sujeitos de direito, existem os objetos das relações jurídicas (bens e coisas de uma maneira geral), isto é, aquilo sobre o que repousa o direito, ou ainda, a base sobre a qual repousa o direito subjetivo. Pontes de Miranda, com seu rigor conceitual, estabelece que “Objeto de direito é algum bem da vida que pode ser elemento do suporte fático de alguma regra jurídica, de cuja incidência emane fato jurídico, produto de direito”⁵⁶, podendo ser as coisas e os objetos que não são coisas. Ou seja, nem todas as coisas são objetos de direito, assim como nem todos os objetos de direito são coisas. A delimitação dar-se-á pela existência ou não de uma regra jurídica, única capaz de “estabelecer quais as coisas do mundo que podem ser incluídas no suporte fático e entrarem com ele no mundo jurídico”⁵⁷.

Algumas coisas, portanto, consideradas bens apropriáveis pelo homem, são objetos de direito, suscetíveis de conceder uma utilidade qualquer ao sujeito de direito. Tradicionalmente, a pessoa humana está excluída do rol de bens apropriáveis, mas algumas alterações e relativizações podem ser sentidas em face dos avanços técnicos e científicos dos dias atuais. Desta feita, o humano e seu corpo, até então considerados pessoas e, conseqüentemente, não apropriáveis, passam a adentrar o mundo do direito como coisas, ou seja, como apropriáveis.

Edelman, trabalhando com as categorias *coisa* e *pessoa*, coloca a coisa, no direito, como todos os elementos sobre os quais o homem exerce um domínio. “Dito

56 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit.* Tomo II, 1970, p. 9.

57 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. Cit.* Tomo II, 1970, p. 7-8.

de outra forma, a coisa é uma estrutura neutra, passiva, sem espírito, um tipo de página em branco sobre a qual o homem inscreve seu domínio”⁵⁸. Por outro lado, a pessoa está fora do comércio jurídico, o que implica a impossibilidade de se exercer sobre ela o domínio. As pessoas, nas palavras de Edelman, “não podem ser objeto de uma convenção – não se vende, não se compra uma pessoa, não mais, ademais, que seu corpo ou seus órgãos, ou mesmo suas faculdades de procriação”⁵⁹. As pessoas, detentoras de direitos subjetivos, pertencem à humanidade e devem ser respeitadas como tais.

Em razão da dignidade intrínseca ao humano, conferindo-lhe valor absoluto, os homens não podem ser dados ou vendidos. Para Sylviane Agacinski, analisando o fenômeno recente das “barrigas de aluguel” ou gestações de substituição, o corpo humano estaria inserido na categoria de um “bem sem preço”, ficando fora de qualquer espécie de troca mercantil. Ele seria inviolável, devendo a pessoa ser respeitada em sua totalidade, pois não pode ser tratada como coisa, nem por ela mesma, com relação a si, nem por outrem.

O problema, segundo a autora, está na crescente despersonalização do corpo humano, o que o torna substituível e permite sua entrada no mercado⁶⁰. A despersonalização, resultante da separação entre corpo e alma, bem como dos avanços tecnológicos, traria o corpo humano para o âmbito das trocas mercantis, violando-se, dessa forma, a humanidade mesma da pessoa, sua dignidade intrínseca.

De acordo com Adriana Espíndola Corrêa⁶¹, estariam em curso dois eixos jurídicos interpretativos para a abordagem do corpo humano em face das inovações da tecnociência. De um lado, os direitos da personalidade para proteção jurídica do corpo da pessoa, a partir das categorias da autonomia e da intimidade. De outro

58 Tradução livre de: “Autrement dit, la chose est une structure neutre, passive, sans esprit, une sorte de page blanche sur laquelle on inscrit sa maîtrise”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 1999, p. 67).

59 Tradução livre de: “(...) ne peuvent faire l’objet d’une convention – on ne vend pas, on n’achète pas une personne, pas plus, d’ailleurs, que son corps ou ses organes, ou même ses facultés procréatrices (...)”. (EDELMAN, Bernard. *Op. Cit.*, 1999, p. 68).

60 Nas palavras do texto: “(...) o corpo humano (...) um corpo cada vez mais despersonalizado, desindividualizado, neutro, substituível por outro, intercambiável ao infinito”. Tradução livre de: “(...) le corps humaine (...) un corps de plus en plus dépersonnalisé, désindividualisé, neutre, substituable à un autre, échangeable à l’infini”. (AGACINSKI, Sylviane. *Corps en miettes*. Café Voltaire: Flammarion, 2009, p. 55).

61 CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. 275 fls. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009., p. 5 e seguintes.

lado, os direitos patrimoniais, segundo os quais as informações genéticas (e, portanto, o corpo humano) são tratadas como coisas, passíveis de circulação e apropriação, mediante relações contratuais estabelecidas pela autonomia da vontade. Assim, o corpo humano aparece ora como pessoa ora como coisa, denotando a tendência existente atualmente, e em ambas as construções está presente a autonomia.

Em vista disso, a ideia de autonomia é central para a concepção de pessoa, como sujeito de direito. Para Mota Pinto, a realização da personalidade perpassa a questão da autonomia, considerada ideia fundamental do direito civil. Nas palavras do autor,

A autonomia – quer no aspecto da liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, quer no aspecto, mais completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente com outrem ou por ato unilateral, os interesses próprios – *é uma ideia fundamental do direito civil*⁶².

Pelo excerto, portanto, Mota Pinto atribui centralidade à autonomia, grifando a sua importância para o direito civil e, podemos pensar, também para todo o direito⁶³. Para esse autor, a autonomia da pessoa é estrutural ao direito, a ponto de dizer que sem a ideia de pessoa e de personalidade o próprio direito não seria possível⁶⁴.

A autonomia, por outro lado, só pode ser pensada em um contexto de igualdade entre as pessoas, para que cada qual tenha possibilidade de se auto determinar, seja na construção de sua identidade/personalidade, seja na construção de relações sociais (relações com outras pessoas). O papel do Estado seria central nesta promoção da igualdade, a fim de facilitar ou melhorar a realização da personalidade de todos os homens.

Na construção de Orlando Gomes não há disposição específica sobre a autonomia, mas quando trata dos direitos subjetivos, ele fala do poder atribuído à vontade do sujeito para satisfação dos seus próprios interesses, protegido pela ordem jurídica. O interesse do sujeito é, por conseguinte, protegido legalmente, em

62 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Op. Cit.*, p. 42. [grifos do autor].

63 Mota Pinto traz a ideia de que “Todo o direito, como ordem de defesa ou de promoção activa de resultados, está ao serviço da pessoa. (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Op. Cit.*, p. 43).

64 É o que se reconhece na seguinte passagem: “O reconhecimento, pelo direito civil – ou por qualquer outro – da ideia de pessoa ou de personalidade começa por ser, para além de um princípio normativo, a aceitação de uma estrutura lógica sem a qual a própria ideia de direito não é possível”. (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Op. Cit.*, p. 84).

razão mesmo da centralidade da autonomia dele, pois somente um sujeito autônomo pode *querer*.

Tendo em vista que todo o aparato jurídico é fundado no sujeito de direito e nas relações por ele estabelecidas com outros sujeitos, a questão da autonomia se torna fundamental.

A autonomia decorre da própria modernidade, conforme analisada no segundo capítulo, estando pautada pelo voluntarismo e pelo individualismo. Os indivíduos são livres e iguais entre si e, dessa forma, perseguem seus objetivos, desde que admitidos pelas regras da sociedade, com a proteção fornecida pelo direito.

Esta autonomia pode se reconhecer também na relação existente entre o homem e seu corpo, visto ambigualmente como substrato (nós *somos* o nosso corpo) e como propriedade (nós *temos* um corpo), conforme analisado linhas acima. Esta ambiguidade está presente na questão dos tratamentos de saúde, nos quais a questão da autonomia é central. Para se submeter a certos tratamentos médicos ou para fornecer material biológico necessário às pesquisas científicas o indivíduo precisa prestar seu *consentimento livre e esclarecido*⁶⁵.

A liberdade e autonomia do sujeito, desta forma, são utilizadas para justificação da aplicação de determinadas técnicas ao seu corpo, já inserido no contexto de trocas mercantis da contemporaneidade. Neste sentido, haveria uma real autonomia ou apenas um discurso de legitimação das atuais práticas biomédicas?

De outra parte, ressalta-se que a autonomia é pensada para os indivíduos da sociedade moderna, com a construção de corpo que lhe é característica. Trata-se de uma concepção distinta, em muitos aspectos, daquela existente em comunidades ditas tradicionais do nosso país. Isto é, sendo diferente a cultura de um dado agrupamento de pessoas, diferente será a definição do que seja o corpo humano e suas implicações em termos de representações sociais. Todavia, a essas

65 A autonomia, como já exposto, é utilizada tanto para a proteção do corpo humano pensado como algo inerente à pessoa, como para que se permita o trânsito jurídico-patrimonial dos elementos dele extraídos e, neste caso, o corpo aparece como coisa. Para a primeira hipótese, importam o consentimento e a garantia de confidencialidade. É o que se percebe no seguinte excerto: “De um lado, as informações genéticas ligadas a uma pessoa são consideradas dados pessoais e, portanto, integram a esfera da intimidade, protegida o âmbito dos direitos da personalidade. Dessa qualificação emergem duas questões: a exigência de consentimento da pessoa de quem serão coletados os dados genéticos e a centralidade da garantia da confidencialidade”. (CORRÉA, Adriana Espíndola. Op. Cit., p. 6-7).

comunidades também é aplicada a regra do consentimento livre e esclarecido, além da preservação da confidencialidade dos dados, denotando o fechamento do direito sobre si mesmo e a sua incapacidade de lidar com outras configurações culturais, da qual decorre sua eficácia.

4 OUTRAS PERSPECTIVAS OU DO CORPO E A DIVERSIDADE CULTURAL

4.1 O CORPO INDÍGENA

Até o momento analisamos a construção social do corpo humano sentida no mundo ocidental moderno ao lado do estudo sobre a apreensão desse corpo pelo direito, juntamente com as mudanças sofridas na classificação jurídica, configurando um lugar ambíguo para o corpo humano, que em alguns momentos é considerado pessoa e em outros é tido como coisa.

Contudo, partindo do princípio de que a concepção de corpo e sua representação social resultam de uma construção da própria sociedade, podemos concluir que variações culturais e sociais implicam em concepções diferentes do corpo humano. Em outros termos, culturas distintas possuem técnicas de fabricação do corpo humano diferenciadas. De outra parte, as concepções oficiais sobre o corpo existentes numa dada sociedade, baseadas nas representações eruditas da biologia e da medicina ocidentais, convivem, como já analisado, com numerosas outras concepções, ditas tradicionais ou comunitárias.

No contexto brasileiro, nesse sentido, importam as várias sociedades indígenas existentes no território, forçando a atuação do Estado e, conseqüentemente, também do direito sobre realidades culturais distintas daquela que foi tomada como parâmetro para se pensar o corpo humano. Em solo brasileiro convivem, portanto, uma pluralidade de culturas que não adentram o mundo do direito a partir de suas próprias categorias, mas a partir de categorias preexistentes e, além disso, fechadas. Como já analisado, o direito trabalha a partir de suas próprias categorias, tornando-se fechado em si mesmo e dessa forma regulando a vida em sociedade.

Em texto clássico sobre as sociedades indígenas brasileiras, Anthony Seeger, Roberto da Matta e Eduardo B. Viveiros de Castro abordam o tema da construção da pessoa entre as comunidades indígenas⁶⁶.

De acordo com estes autores, as sociedades indígenas devem ser estudadas como realidades totais e não como sociedades parciais no interior do universo nacional. Neste sentido, buscam a originalidade das sociedades indígenas brasileiras, tendo em vista que categorias antropológicas elaboradas para se pensar outras comunidades, como as melanésias ou africanas, não seria adequadas⁶⁷.

A originalidade dos indígenas brasileiros, segundo os autores acima citados, estaria na riqueza da noção de pessoa, para a qual a corporalidade, isto é, o corpo é fundamental. Para Seeger, Da Matta e Viveiros de Castro, as cosmologias indígenas são elaboradas a partir da reflexão sobre a corporalidade, pelo menos na grande maioria dos casos⁶⁸. O corpo, desse modo, ocupa posição central na visão que as sociedades indígenas têm sobre o ser humano. De fato, a construção da pessoa nestas sociedades humanas perpassa a questão do corpo⁶⁹.

Este estudo indica a importância da noção de pessoa para as comunidades indígenas brasileiras, relacionando, ainda, a noção de pessoa com a corporalidade, ou seja, com o corpo humano. Mas, qual a concepção de corpo existente entre os

66 SEEGER, Anthony; DA MATTA, Roberto; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. A construção da pessoa nas sociedades indígenas brasileiras. In: OLIVEIRA FILHO, José Pacheco. (org.). *Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ; Editora Marco Zero, 1987.

67 Trata-se das categorias antropológicas elaboradas depois do contato dos antropólogos com as sociedades melanésias ou africanas (campos clássicos de estudo), como, por exemplo, a reciprocidade, a aliança de casamento assimétrica e as linhagens, bem como as ideias de corporação, descendência e afinidade. A dificuldade de aplicação destas categorias às sociedades sul-americanas pode ser reconhecida na seguinte passagem: “Fundamentalmente, os conceitos antropológicos que procuram definir a estrutura dos grupos sociais e da inter-relação entre os grupos – corporação, descendência, afinidade – não dão conta dos traços estruturais das sociedades deste continente”. (SEEGER, Anthony; DA MATTA, Roberto; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. A construção da pessoa nas sociedades indígenas brasileiras. In: OLIVEIRA FILHO, José Pacheco. (org.). *Op. Cit.*, p. 16).

68 Corroborando esta postura: “Na maioria das sociedades indígenas do Brasil, esta matriz [o corpo como matriz de símbolos e objeto de pensamento] ocupa posição organizadora central. A fabricação, decoração, transformação e destruição dos corpos são temas em torno dos quais giram as mitologias, a vida cerimonial e a organização social”. (SEEGER, Anthony; DA MATTA, Roberto; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. A construção da pessoa nas sociedades indígenas brasileiras. In: OLIVEIRA FILHO, José Pacheco. (org.). *Op. Cit.*, p. 20).

69 Nas palavras dos autores: “Ele, o corpo, afirmado ou negado, pintado ou perfurado, resguardado ou devorado, tende sempre a ocupar uma posição central na visão que as sociedades indígenas têm da natureza do ser humano. Perguntar-se, assim, sobre o lugar do corpo é iniciar uma indagação sobre as formas e construção da pessoa”. (SEEGER, Anthony; DA MATTA, Roberto; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. A construção da pessoa nas sociedades indígenas brasileiras. In: OLIVEIRA FILHO, José Pacheco. (org.). *Op. Cit.*, p. 13).

índios brasileiros?

Ao considerar a comunidade dos Yawalapíti, Eduardo Viveiros de Castro⁷⁰ reconhece uma concepção e uma representação de corpo bastante diferente da nossa, pautada pela perspectiva holista, em que o homem e também o seu corpo fazem parte do cosmos. Esta comunidade indígena trabalha o corpo humano a partir de técnicas específicas, estranhas às nossas ideias e concepções sobre ele.

Entre os yawalapíti, o corpo não é pensado como distinto ou exterior ao sujeito que ele encarna. Pelo contrário, as alterações corporais são centrais na cultura dessa comunidade indígena, haja vista a ideia lá presente acerca da fabricação dos corpos e sua relação com os ritos de passagem, responsáveis pela modificação do “status” do sujeito na comunidade. As mudanças corporais são causas e instrumentos das transformações das identidades sociais.

Nos momentos de transição, destaca-se a importância de se fabricar corpos, especialmente por meio da abstinência. Esta abstinência implica o consumo de determinados eméticos⁷¹, proibições de consumir certos alimentos e vedação da prática sexual. Ela é utilizada nos momentos transicionais ou de crise, quando há uma disputa com forças para ou antissociais, e não se aplica somente ao indivíduo que está imediatamente envolvido na transformação, mas também aos seus parentes consubstanciais, denotando que há uma fabricação coletiva de corpos.

Na compreensão de Viveiros de Castro, entre os yawalapíti e demais comunidades xinguanas, há correlação entre as mudanças corporais e as mudanças sociais. Em outros termos, as mudanças de estatuto social sempre acompanham mudanças corporais, por isso a importância do consumo de eméticos e do não consumo de determinados alimentos.

Entre os yawalapíti, portanto, o corpo passa por processos intencionais e periódicos de fabricação. As mudanças corporais são o signo das mudanças nas relações sociais, mas não somente isso, pois são também a causa e o instrumento dessas alterações. O social, em suma, constitui o corpo. Nas palavras do autor,

⁷⁰ CASTRO, Eduardo Viveiros de. *A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

⁷¹ Eduardo Viveiros de Castro aborda com esse termo apenas como as substâncias utilizadas nos rituais de passagem. O dicionário Michaelis define emético como aquele “Que provoca vômitos. *sm* Substância que faz vomitar. *E. tartárico*: sal cristalino eflorescente, tóxico, de gosto metálico adocicado. É usado como mordente em tinturaria, como inseticida em engodos envenenados e em medicina como expectorante e no tratamento da tripanossomíase e de outras doenças tropicais. Outrora era usado como emético. Definição disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=emético>. Consultado em: 03 de dezembro de 2012.

Isso significa que não é possível fazer uma distinção entre processos fisiológicos e processos sociológicos, transformações do corpo, das relações sociais e dos estatutos que as condensam são uma coisa só. Assim, a natureza humana é literalmente fabricada ou configurada pela cultura. O corpo é *imaginado*, em todos os sentidos possíveis da palavra, pela sociedade⁷².

Pelo processo de fabricação dos corpos, a natureza se subordina à cultura, resultando na produção de seres humanos. O próprio mito de criação dos homens existente entre os yawalapíti traz a ideia de retirar algo da natureza através da cultura. De acordo com esse mito, os primeiros humanos foram criados por um demiurgo, que soprou fumaça de tabaco em toras de madeira localizadas num gabinete de reclusão. O elemento natural, representado pelas toras de madeira, é trazido para o âmbito da cultura, reconhecida pela menção ao gabinete de reclusão e ao tabaco, gerando o homem⁷³. Desta feita, os homens são concebidos como produtos culturais.

Esta fabricação, como já foi dito, atua nos momentos de crise e de transformação, nos momentos de acesso, de reprodução e de fim da vida. Assim, há reclusão e abstinência no período de gestação, na puberdade, na doença e em caso de morte. O corpo da criança é, por exemplo, construído no corpo da mãe mediante relações sexuais repetidas. Os pais devem se abster de sexo, por outro lado, durante a reclusão pubertária dos filhos e a relação do xamã com um aprendiz seu se assimila, em grande medida, à relação entre o pai e o jovem em reclusão pubertária. Estes momentos, portanto, não são tidos como naturais, já que dependem da intervenção humana. Uma tecnologia do corpo é utilizada para a fabricação de uma nova condição social, ou como coloca o autor, "(...) a sociedade intervém radicalmente, submetendo o indivíduo e o individual (Pocock 1967) a uma normalização sociofisiológica"⁷⁴.

Em outras palavras, o corpo é corpo humano, pois ele existe a partir de uma fabricação cultural, levada a cabo na *couvade*, na puberdade, na doença, na iniciação xamanística e no luto. Os avarentos, feios ou com alguma deformidade são

72 CASTRO, Eduardo Viveiros de. *Op. Cit.*, p. 72. [grifos no original].

73 Eduardo Viveiros de Castro coloca que: "A fabricação subordina a Natureza informe ao desígnio da Cultura: produz seres humanos". (VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. A fabricação do corpo na sociedade xinguana. In: OLIVEIRA FILHO, José Pacheco. (org.). *Op. Cit.*, p. 32). Isto é, algo que seria natural, como o corpo, se torna cultural mediante a fabricação realizada pela sociedade. O corpo meramente natural se torna corpo humano.

74 CASTRO, Eduardo Viveiros de. *Op. Cit.*, p. 74.

frutos de reclusões mal sucedidas; são aqueles que não seguiram as regras alimentares ou sexuais da reclusão, ao contrário dos aristocratas, idealmente fortes, belos e generosos, por terem passado por um período mais longo de reclusão na adolescência.

As mudanças corporais entre os Xinguanos, ainda com Viveiros de Castro, são acompanhadas pela vergonha, pois o sujeito recluso está nu e frágil, sem adornos e dependente do seu grupo de substância para suas necessidades elementares, como se alimentar, por exemplo. Está, além disso, exposto a perigos físicos e metafísicos. Dessa forma, a reclusão é privada, é o domínio da casa e do secreto, mas é responsável pela construção do corpo que será exibido na vida pública, no pátio da aldeia, nas cerimônias. A imagem do corpo é, desta feita, na sociedade xinguanas, fundamental para a concepção de pessoa, que irá atuar nos espaços públicos.

Além da fabricação e da exibição dos corpos, Viveiros de Castro chama atenção também para a metamorfose, que ocorre, sobretudo, fora da aldeia, ao contrário da fabricação, que se dá no espaço doméstico e da exibição, levada a cabo no espaço público, embora ainda no interior da aldeia. A metamorfose, por conseguinte, se relaciona com a sobrenatureza, com a transformação dos seres humanos em não humanos, ao passo que a fabricação diz respeito à natureza e a exibição dos corpos à cultura. “Pode-se, assim, talvez, conceber a fabricação como uma metamorfose controlada, ou melhor, pode-se definir o processo geral da humanização como uma contra-metamorfose”⁷⁵. Ou seja, a fabricação afasta as pessoas da natureza, trazendo-as para a cultura. Diferentemente para a metamorfose, que ocorre fora da aldeia, no espaço da natureza.

Pelo exposto, reconhece-se uma concepção distinta da ocidental acerca do corpo humano entre as sociedades indígenas brasileiras. Uma concepção pautada por técnicas de fabricação dos corpos em momentos de passagem ou em caso de doença. Esta consideração do corpo humano como construído pela cultura, por sua vez, altera a própria visão acerca das doenças e de suas causas. Nas sociedades indígenas, dessa forma, há uma visão particular da doença e do tratamento a ser dispensado ao doente, especialmente porque o corpo está imerso no cosmos e as doenças não têm sempre base fisiológica. A relação destas concepções culturais peculiares com o direito não está livre de embates. É o que se passa a analisar.

75 CASTRO, Eduardo Viveiros de. *Op. Cit.*, p. 78.

5 SOCIEDADES INDÍGENAS E ESTADO: MEDICINA, DIREITO E CORPO INDÍGENA

A multiplicidade cultural é dado inegável na realidade brasileira. Porém, o que se pode entender por índios ou comunidades indígenas? Para esta definição, entram em cena dois elementos: o auto-reconhecimento, individual, e a aceitação deste reconhecimento por parte do grupo. Em outros termos, para ser reconhecido como índio uma pessoa deve se ver como indígena e ser identificado como tal por um agrupamento determinado, ou seja, deve haver um reconhecimento social. Atualmente, este critério, denominado critério da auto-identificação, respaldado pelo reconhecimento social, é o mais aceito pelos antropólogos e outros estudiosos, conforme coloca a própria FUNAI (Fundação Nacional do Índio) em seu sítio na rede mundial de computadores⁷⁶. É o posicionamento adotado, também, pela Resolução nº 304/2000 do Conselho Nacional de Saúde⁷⁷.

O critério da auto-identificação já estava presente no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), mas o paradigma vigente quando da promulgação dessa Lei era o da integração dos índios, progressiva e harmoniosamente, à comunidade nacional⁷⁸. Para este paradigma, a condição de índio era transitória e somente sua aculturação possibilitava a emancipação. Isto é, somente índios integrados podiam requerer a liberação do regime tutelar, em uma postura não muito distinta da existente no período colonial, pautado pela diferenciação entre índios aldeados, que serviriam aos interesses da colônia e, por conseguinte, da metrópole, e índios não aldeados, chamados “gentios bravios” e contrários aos interesses coloniais.

⁷⁶ Ver <http://www.funai.gov.br/>. Consultado em 15 de novembro de 2012.

⁷⁷ A referida Resolução dispõe o seguinte: “II – TERMOS E DEFINIÇÕES. A presente resolução adota no seu âmbito as seguintes definições: 1) Povos Indígenas – povos com organizações e identidades próprias, em virtude da consciência de sua continuidade histórica como sociedades pré-colombianas. 2) Índio – quem se considera pertencente a uma comunidade indígena e é por ela reconhecido como membro”. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_00.htm. Consultado em: 06 de novembro de 2012.

⁷⁸ É o que se verifica no art. 1º do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973: “Art. 1º. Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e *integrá-los*, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. [grifos nossos].

Com a Constituição da República, promulgada em 1988 e vigente nos dias atuais, um novo paradigma para o tratamento do índio é apresentado: trata-se do paradigma da interação, em substituição ao paradigma da integração. Interação no sentido de reconhecimento das especificidades das comunidades indígenas e de convívio destas com as demais culturas existentes em solo nacional, sem considerar a condição de índio como transitória. Ou seja, supera-se, em certa medida, o marco teórico do evolucionismo social, que considerava a sociedade europeia ocidental como o final da etapa do desenvolvimento das sociedades, ou ainda, como modelo a ser alcançado.

Apesar dos avanços trazidos pela Constituição da República, permanece a ideia da tutela-proteção exercida pelo Estado, ao lado do reconhecimento da autonomia dos povos indígenas. As comunidades passaram a ter suas decisões respeitadas, tendo em vista que somente a própria sociedade pode pensar sobre si mesma. É o que se retira da leitura do *caput* do artigo 231 da Constituição Federal:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Ao reconhecer aos índios todos os elementos acima elencados, denota-se que somente a eles pertence a percepção de suas singularidades e necessidades⁷⁹. Em suma, a decisão dos indígenas deve ser respeitada, apesar de permanecer a tutela/proteção em virtude de eventuais vulnerabilidades⁸⁰. Estes dois elementos – autonomia e proteção em virtude da diferença existentes – aparecem nas regras estipuladas a respeito do tratamento médico dos indígenas, bem como nas pesquisas genéticas feitas com seus materiais corporais.

⁷⁹ É o posicionamento exarado na seguinte passagem: “Parece-nos uma decorrência inescapável da norma do *caput* do art. 231 da Constituição o direito dos povos indígenas à autonomia, já que a eles pertence a mais genuína percepção de suas singularidades e necessidades. Neste sentido, a autonomia pode ser definida como ‘auto-administração em questões que lhes dizem respeito especificamente; participação com o Estado nas decisões a eles relativas dentro do conjunto nacional e participação nas decisões e na política do Estado como um todo’”. (FREITAS, Rodrigo Bastos de. *Direitos dos Índios e Constituição: os princípios da autonomia e a tutela-proteção*. 2007. 197 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007. Disponível em: < http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1602/9YJ5B9OBVQ.pdf>. Consultado em: 20 de julho de 2012., p. 145).

⁸⁰ A ideia de tutela-proteção se diferencia da tutela prevista no Código Civil, já que não está pautada pela noção de incapacidade.

5.1 INDIOS E TRATAMENTOS DE SAÚDE

Reconhece-se a necessidade de atuação do direito em face da centralidade das pesquisas científicas tendo como objeto o corpo humano. O crescimento exponencial das técnicas passíveis de serem aplicadas ao humano resultou na necessidade de regulação do tema pela esfera jurídica. O que significa que um fato até então social teve sua potencial natureza jurídica revelada. Operou-se a qualificação jurídica no interior de categorias já existentes, corroborando a ideia do direito como sistema auto-referenciado, do que depende sua própria eficácia.

Nesse sentido, o corpo humano foi qualificado simultaneamente como pessoa e como coisa, sendo protegido, respectivamente, pela sistemática dos direitos da personalidade e pelos direitos patrimoniais, ambos fundamentados na questão da autonomia. Em decorrência da autonomia do sujeito, a ninguém é dado violar seu corpo, nem ele mesmo a despeito de haver vontade, nem outrem sem seu consentimento. Porém, pelo fato de ser autônomo, em certas circunstâncias pode dispor do seu corpo, mesmo que gratuitamente, sob regência do direito de propriedade.

Pensando especificamente nos tratamentos de saúde e nas pesquisas com material genético, prevalece a ideia de consentimento livre e esclarecido. O Código Civil estabelece no artigo 15 que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, demonstrando a importância de o sujeito se mostrar de acordo com o procedimento, após ser claramente informado sobre eventuais riscos. O consentimento livre e esclarecido também está presente na Resolução nº 441/2011 do Conselho Nacional de Saúde, quando regula a questão do armazenamento e da utilização de material biológico humano para fins de pesquisa.

De acordo com essa Resolução, o sujeito de pesquisa é definido como “aquele que, de forma esclarecida, livre e autônoma, consente em participar de pesquisas, atuais ou potenciais, associadas ao armazenamento de material biológico humano em Biorrepositório ou Biobanco”⁸¹. Trata-se, portanto, de um

⁸¹ Resolução CNS nº 441, de 12 de maio de 2011, art. 1º, inciso VI. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2011/Reso441.pdf>. Consultado em: 06 de novembro de 2012.

sujeito de pesquisa pensado com base na concepção de indivíduo construída na modernidade. Um indivíduo que age pautado pela razão e que *tem* um corpo. Ou seja, o sujeito da pesquisa é aquele que usa sua razão para consentir em ter partes do seu corpo armazenadas e utilizadas em pesquisas científicas. Sendo que esse consentimento só pode ser fornecido pelo sujeito dotado de autonomia.

A autonomia, classicamente pensada para atos de disposição patrimonial exercidos pelos indivíduos, é transposta para o campo dos direitos da personalidade, definindo a maneira de relação do sujeito com seu corpo⁸². Dessa transposição resulta a necessidade de consentimento prévio e esclarecido do indivíduo para qualquer tipo de intervenção no seu corpo. É a autonomia, da mesma forma, que permitirá o estabelecimento de relações jurídicas de cunho econômico (negócios jurídicos em sentido amplo) para a comercialização das informações genéticas dos indivíduos, conforme já exposto.

O sujeito de pesquisa é, como visto, o sujeito de direito dotado de autonomia da vontade para reger seus interesses, inclusive para atos de disposição. Porém, é também um sujeito destituído de corporalidade. O corpo é visto como algo supranumerário, como limitativo e passível de ser superado. É o corpo humano conforme a construção moderna vista no capítulo 2 (*O corpo humano construído na modernidade*).

O disposto na Resolução nº 441/2011 do Conselho Nacional de Saúde, a respeito da necessidade do consentimento livre e esclarecido, é repetido quando os tratamentos médicos ou pesquisas científicas envolvem indígenas. A Resolução nº 304/2000 do Conselho Nacional de Saúde, em sua parte III, trata dos aspectos éticos de pesquisa envolvendo povos indígenas, apresentando a necessidade de concordância da comunidade, além do consentimento individual⁸³. De outra parte, traz a possibilidade de formação de bancos de materiais biológicos indígenas⁸⁴, inserindo o corpo indígena no modelo moderno de pesquisa e de ciência.

82 É o que dispõe, por exemplo, Adriana Espíndola Corrêa: “A autonomia é, assim, transposta para o campo dos direitos da personalidade e, em específico, para regular, nos limites do ordenamento jurídico, a relação entre sujeito e seu corpo. Com a velocidade singular das inovações tecnológicas que incidem sobre o humano, vivenciada pelas sociedades atuais, o Direito foi chamado a oferecer algumas respostas”. (CORRÊA, Adriana Espíndola. *Op. Cit.*, p. 84).

83 É o texto da Resolução: “2. Qualquer pesquisa envolvendo a pessoa do índio ou a sua comunidade deve: (...) 2.4. Ter a concordância da comunidade alvo da pesquisa que pode ser obtida por intermédio das respectivas organizações indígenas ou conselhos locais, sem prejuízo do consentimento individual, que em comum acordo com as referidas comunidades designarão o intermediário para o contato entre pesquisador e a comunidade. Em pesquisas na área de saúde deverá ser comunicado o Conselho Distrital”. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_00.htm. Consultado em 06 de novembro de 2012.

A 4ª Conferência Nacional de Saúde Indígena, realizada em 2006, e que teve como finalidade a avaliação da situação dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas e do Subsistema Indígena no âmbito do Sistema Único de Saúde⁸⁵, bem como propor diretrizes e ações para promover a saúde dos povos indígenas, ressaltou a dificuldade de proteção integral à saúde destes povos, mantendo-se e respeitando-se suas especificidades culturais, sociais e históricas.

O respeito às práticas tradicionais de cura e de autocura foi uma das resoluções aprovadas na Conferência. Textualmente,

c.2. A Funasa e as equipes multidisciplinares de saúde indígena devem respeitar as práticas tradicionais da medicina indígena. Deve ser resgatado o uso de plantas e outros recursos terapêuticos como os fitoterápicos (...). Porém, a medicação convencional deve ser garantida, bem como o intercâmbio de experiência entre pajés, pegadores de ossos, parteiras, agentes indígenas de saúde, de diferentes aldeias e etnias⁸⁶.

A proteção e a promoção da saúde dos índios foram trazidas para o interior do Sistema Único de Saúde, todavia, os sistemas tradicionais, com a figura do pajé e suas práticas, devem ser respeitados em sua integralidade⁸⁷, além de haver a

84 Prevê a Resolução em comento: “5. A formação de bancos de DNA, de linhagens de células ou de quaisquer outros materiais biológicos relacionados aos povos indígenas, não é admitida sem a expressa concordância da comunidade envolvida, sem a apresentação detalhada da proposta no protocolo de pesquisa a ser submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa – CEP e à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP, e a formal aprovação do CEP e da CONEP”. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_00.htm. Consultado em 06 de novembro de 2012.

85 Na época colonial a saúde indígena era assunto da igreja, exercida pelos missionários. Posteriormente, com a criação do Serviço de Proteção ao Índio (1910), esta tarefa passou a ser responsabilidade do Estado. Porém, o atendimento era precário e intermitente. Mesmo com a extinção do Serviço de Proteção ao Índio e a criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), no final da década de 60, a proteção e a promoção da saúde indígena não se tornaram centrais na política de Estado. O atendimento médico se dava em virtude de demandas ou em caso de surtos e endemias. Na década de 80, a saúde indígena foi trazida para o interior do Sistema Único de Saúde. Contudo, em razão das peculiaridades históricas, sociais, culturais e políticas destas comunidades, algumas adaptações foram feitas já desde a 1ª Conferência Nacional de Proteção à Saúde do Índio, ocorrida em 1986. Foi criada a Comissão Intersectorial de Saúde Indígena e o modelo dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs). Em setembro de 1999, é aprovada a Lei nº 9.836, responsável por criar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, logo a responsabilidade passa a ser da União (no Ministério da Saúde há a Secretaria Especial de Saúde Indígena, composta pelo Departamento de Atenção à Saúde Indígena, Distritos Sanitários Especiais Indígenas e Departamento de Gestão da Saúde Indígena). Informações constantes no endereço eletrônico: http://www.telessaudebrasil.org.br/agendas/seminac2/public/documents/saude_indigena-103755.pdf. Consultado em 03 de dezembro de 2012.

86 BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. *4ª Conferência Nacional de Saúde Indígena*, Rio Quente-GO, 27 a 31 de março de 2006: relatório final. Brasília: FUNASA, 2007. p. 128. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relat_final_4CNSI.pdf. Consultado em: 06 de novembro de 2012.

87 “(...) cada povo indígena tem suas próprias concepções, valores e formas de vivenciar a saúde e a doença e as ações de prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde devem considerar esses aspectos, ressaltando os contextos diversos e a relação de contato interétnico”. (BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. *4ª Conferência Nacional de Saúde Indígena*, Rio Quente-GO, 27 a 31 de março de 2006: relatório final. Brasília: FUNASA, 2007. p. 61. Disponível em:

necessidade de os índios serem ouvidos sobre as formas de tratamento a eles aplicadas. Esta situação, não raro, gera problemas, principalmente se pensarmos que o conhecimento médico atual, forjado na modernidade, se pauta por uma concepção de corpo não condizente com a cultura indígena, a mesma concepção presente nas resoluções como espécies de normas jurídicas.

O Hospital São Miguel Arcanjo, em São Miguel das Missões, Rio Grande do Sul, por exemplo, destinou espaço para atendimento apenas de pacientes indígenas⁸⁸. Tendo em vista que, pela tradição guarani (etnia presente na região), a medicina dos *brancos* não atende completamente as necessidades dos indígenas, as rezas e rituais dos líderes espirituais das comunidades são indispensáveis. De acordo com a direção do referido hospital, a ala especial foi criada para evitar incômodos aos demais pacientes, pois “os rituais envolvem rezas, cânticos e o uso do cachimbo, o que não seria adequado ao ambiente hospitalar, onde se deve fazer silêncio e é proibido fumar”⁸⁹. De outra parte, a administração do hospital afirmou que os médicos foram consultados e não se opuseram à iniciativa, não obstante colocarem como condição a não interferência das práticas indígenas em sua conduta profissional. Ou seja, se aceita o diferente, mas desde que não interfira no saber oficial sobre o corpo representado pela medicina.

Outro caso emblemático da *mistura* entre a medicina e os conhecimentos tradicionais se deu no Hospital Getúlio Vargas, em Manaus⁹⁰. Diariamente, um pajé da etnia tucano ia até o hospital, realizando rezas e utilizando ervas selvagens para a cura de uma índia picada por uma cobra. Posteriormente, entravam as enfermeiras, com curativos, analgésicos, antibióticos e soro antiofídico. Todavia, não eram quaisquer enfermeiras. Por exigência do líder espiritual indígena, só tinham contato com a paciente mulheres que não estavam grávidas, que não tinham mantido relações sexuais nas últimas 24 horas e que estavam fora do período menstrual, reforçando a ideia exposta acima acerca da imersão do corpo no cosmos

http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relat_final_4CNSI.pdf. Consultado em: 06 de novembro de 2012).

⁸⁸ De acordo com informações constantes da reportagem intitulada Hospital gaúcho abre ala para pajés atenderem índios. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rs/hospital+gaucho+abre+ala+para+pajes+atenderem+indios/1596948776711.html>. Consultado em: 16 de novembro de 2012.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Dados extraídos da reportagem *Juntos, médico e pajé evitam amputação*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI62314-15228,00-JUNTOS+MEDICOS+E+PAJE+EVITAM+AMPUTACAO.html>. Consultado em: 16 de novembro de 2012.

e de que a doença não é apenas uma questão do organismo individual. Como nos ritos de passagem, aqueles que são próximos ao índio recluso influenciam o processo, devendo observar determinadas proibições e obrigações.

A aceitação das visitas do pajé demandou quase um mês de negociações, pois conforme os termos da reportagem, a direção do hospital dizia que o uso de ervas poderia piorar o quadro da menina e que os rituais eram inviáveis. Depois de muitos embates, o diretor do hospital propôs aliar o tratamento indígena ao *tratamento médico convencional*. Assim, “As enfermeiras aceitaram se submeter às restrições. Os índios ganharam tempo e espaço para os rituais e seus chás de ervas, mas abriram mão de colocar unguentos sobre os ferimentos. Em três dias de tratamento simultâneo, L. deixou de ter febre. A pele cresceu e cobriu os ossos do pé, antes expostos pela ferida. A amputação [dada como certa pelo médico responsável pelo caso] foi descartada”⁹¹.

Em face da desnecessidade da amputação, a explicação do médico, pautada pela concepção de corpo compartimentalizada e maquinizada, não poderia ser diferente: não consegue aceitar a eficácia dos rituais e pensa na coincidência⁹². Não há uma solução definitiva para essa questão, mas devemos reconhecer a construção distinta dos indígenas a respeito do corpo humano e sua compreensão acerca das causas da doença e da cura. A simples questão do consentimento livre e informado, exarado como ato eminentemente individual, não é suficiente.

A centralidade do consentimento livre e esclarecido demonstra o fechamento do sistema jurídico a outras realidades. O indígena é considerado sujeito de direito, dotado de autonomia, apesar da ideia de tutela-proteção presente na Constituição, e *tem* um corpo, pensado como externo e superável. Desconsideram-se as categorias indígenas e pensam-se os índios a partir das classificações já existentes no direito. O sistema deve dar conta da totalidade e para tanto cria algumas ficções, das quais dependem sua própria eficácia e permanência. Todavia, estas classificações reduzem e fragmentam a realidade, ensejando distorções como as percebidas para os indígenas.

91 *Idem*.

92 “Sinceramente, não sei o que fazer se, como cirurgião, digo que um pé precisa ser amputado para evitar infecção generalizada e o pajé me diz que pode curá-lo com unguento. É fato que a menina está melhorando, mas como saber se isso é efeito dos rituais ou mera coincidência? Entre as possíveis explicações para a melhora, uma é que algum dos remédios – os da milenar farmacopeia indígena, os da avançada medicina ocidental, ou ambos – tenha surtido efeito. Outra é que a crença nos feitiços compartilhada pela comunidade seja capaz de provocar mudanças benéficas no organismo do doente”. (*Idem*).

CONCLUSÃO

O direito tem a pretensão de dar conta de toda a realidade, operando mediante a qualificação e a classificação, de acordo com a construção teórica de Bernard Edelman apresentada. Ao retirar dos fatos sociais aquilo que possuem de jurídico, o direito cria abstrações, ficções, generalidades, alocando-as em categorias jurídicas preestabelecidas. O direito age, dessa forma, reduzindo complexidades. Cada um dos ramos do direito tem seus conceitos próprios, de forma que “O objeto do mundo real fragmenta-se em tantos objetos de direito quantos forem os diferentes regimes jurídicos a ele aplicados”⁹³.

Ressalta-se que o processo de classificação se pauta pela ideia de utilidade ou de instrumentalidade, isto é, para que algo interesse ao direito e passe a fazer parte dos seus quadros (para que um fato social se torne jurídico) deve ser, de alguma forma, útil ao sujeito de direito. Em geral, portanto, as classificações jurídicas atuam no sentido de transformar os fatos em coisas apropriáveis pelos sujeitos de direito.

Apesar da pretensão de totalidade, sabemos que o direito está sempre defasado em relação à realidade, extremamente complexa e mutável. Assim, o jurídico não consegue abarcar a realidade da qual emerge. Em outros termos, mesmo trabalhando com elementos forjados na modernidade europeia ocidental, a realidade moderna transcende as normas jurídicas. O que dizer, então, da defasagem do direito em face de outras configurações culturais?

No caso do corpo humano, como visto, a redução empreendida pelo direito é perceptível. Em algumas situações o corpo humano será pessoa e em outras coisa, demonstrando a ambiguidade existente.

Partindo de uma concepção específica, construída na modernidade, o direito desconsidera qualquer outra visão sobre o corpo humano; desconsidera tanto as construções historicamente anteriores, como a presente no medievo, por exemplo, quanto as construções da atualidade empreendidas por outras comunidades, como as indígenas, analisadas no presente trabalho. Esse fechamento relativo do direito forja uma situação bastante complicada numa sociedade pluricultural como a brasileira.

93 CORRÊA, Adriana Espíndola. *Op. Cit.*, p. 23.

Para Clifford Geertz⁹⁴, a compreensão de uma cultura envolve a análise das teias de significados elaboradas pelos homens, que configuram o contexto no interior do qual os signos podem ser descritos de forma inteligível. Dessa forma, uma cultura deve ser compreendida a partir de suas próprias categorias, algo realizado pela antropologia, mas não pelo direito.

As sociedades indígenas são adequadas ou *encaixadas* em um modelo não condizente com suas concepções de mundo. A intervenção do direito ocorre para facilitação da circulação das técnicas médicas, inclusive em termos de pesquisas genéticas. Em alguns momentos, como nas Resoluções do Conselho Nacional de Medicina citados no desenrolar do texto, coloca-se a necessidade de respeito às práticas e tradições dos povos indígenas. Entretanto, parte-se da ideia de indivíduo e da autonomia que o caracteriza (noções sem sentido para as populações indígenas), exigindo-se, por exemplo, o consentimento livre e esclarecido para viabilização de tratamentos médicos e de pesquisas com seus materiais corporais.

O instrumento do consentimento informado é insuficiente mesmo se pensarmos nos sujeitos da sociedade moderna ocidental, sendo incompreensível para os indígenas. Estas comunidades não possuem a ideia de indivíduo própria da modernidade. Também não pensam o mundo a partir da separação entre razão e espiritualidade, com prevalência daquela. Como visto, a perspectiva indígena é holista. O homem, não exterior ou distinto do seu corpo, está imerso no cosmos, indiferenciado, em princípio, de qualquer outro ser da natureza, especialmente animais. A diferenciação se dá com a intervenção da cultura, resultante na fabricação de corpos humanos. Em outros termos, um corpo só se torna humano com o envolvimento de toda a comunidade, que o afastará da natureza. A fabricação é um processo intencional e periódico, refletindo nas relações sociais estabelecidas na vida pública, representada pelo pátio da aldeia, local onde ocorrem as cerimônias.

O caminho trilhado pela ciência e pela tecnologia desembocou no paradigma biologicista da atualidade, caracterizado pelo determinismo genético. Ora, se o corpo humano e, conseqüentemente, o próprio homem não são mais do que um amontoado de genes, experiências e manipulações transgênicas são admissíveis. Para evitar exageros, o direito limita a atuação da tecnociência com relação ao corpo, mas o faz a partir de suas próprias categorias (coisa, pessoa, sujeito de

94 GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1989.

direito, autonomia), reduzindo a realidade e deixando de lado, em virtude da sua lógica de funcionamento, outras construções possíveis sobre a relação do homem e seu corpo. Trata-se de uma classificação que não é neutra ou objetiva; o direito parte de concepções modernas e sobre elas constrói todo seu aparato, aplicando-o sem diferenciação a configurações culturais particulares, do que depende sua própria eficácia. Dessa forma, reconhece-se que o direito não atua como a antropologia e nem o pode, sob pena de desmantelamento de toda sua estrutura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGACINSKI, Sylviane. *Corps en miettes*. Café Voltaire: Flammarion, 2009.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. – 7. ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. *4ª Conferência Nacional de Saúde Indígena*. Rio Quente-GO, 27 a 31 de março de 2006: relatório final. Brasília: FUNASA, 2007.
- CASTRO, Eduardo Viveiros de. *A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.
- CORREIA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. 275 fls. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.
- DEL PRIORE, Mary; AMANTINO, Marcia. (orgs.). *História do corpo no Brasil*. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- _____. *Quand les juristes inventent le réel: La fabulation juridique*. Paris : Hermann Éditeurs, 2007.
- FREITAS, Rodrigo Bastos de. *Direitos dos Índios e Constituição: os princípios da autonomia e a tutela-proteção*. 2007. 197 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.
- GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1989.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.
- LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*. Petrópolis: Vozes, 2011.
- MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. V. 1: parte geral. – 40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. – 3. Ed. – Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1992.

NOVAES, Adauto. *O homem-máquina: a ciência manipula o corpo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

OLIVEIRA FILHO, José Pacheco. (org.). *Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ; Editora Marco Zero, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral: Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral: Tomo II: Bens. Fatos Jurídicos. – 3. ed. - Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970.

SITES CONSULTADOS

<http://michaelis.uol.com.br>

<http://conselho.saude.gov.br>

<http://lms.ead1.com.br>

<http://www.telessaudebrasil.org.br>

<http://ultimosegundo.ig.com.br>

<http://revistaepoca.globo.com>