

**GABRIEL GUALANO DE GODOY**

**DIAGNÓSTICOS GENÉTICOS E REPRODUÇÃO ASSISTIDA:  
DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA AO “DIREITO DE NÃO NASCER”**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial à conclusão do curso de Bacharelado  
em Direito, da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Paraná, sob a  
Orientação do Prof. Dr. José Antônio Peres  
Gediel**

**Curitiba  
2004**

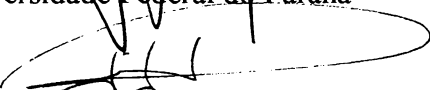
## **TERMO DE APROVAÇÃO**

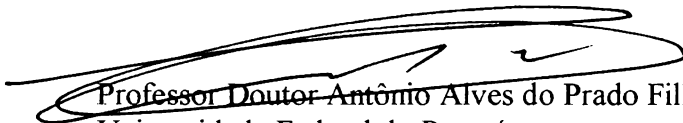
**GABRIEL GUALANO DE GODOY**

### **DIAGNÓSTICOS GENÉTICOS E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA AO “DIREITO DE NÃO NASCER”**

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

  
Orientador: Professor Doutor José Antônio Peres Gediel  
Universidade Federal do Paraná

  
Professor Doutor Eroulths Cortiano Júnior  
Universidade Federal do Paraná

  
Professor Doutor Antônio Alves do Prado Filho  
Universidade Federal do Paraná

**Curitiba, 21 de outubro de 2004.**

## Sumário

<b>Resumo.....</b>	.....
<b>Introdução.....</b>	.....
<b>Capítulo I – Elementos Teóricos do Direito Civil Moderno.....</b>	.....
<b>1.1 Pessoa e Sujeito de Direito.....</b>	.....
<b>1.2 Direitos da Personalidade como problematização da Pessoa e do Sujeito de         Direito.....</b>	.....
<b>I.3 Pessoa e Dignidade Humana.....</b>	.....
<b>Capítulo II – O Conflito dos Direitos Fundamentais com o Indivíduo.....</b>	.....
<b>2.1 Biopolítica.....</b>	.....
<b>2.2 Eugenia.....</b>	.....
<b>2.3 Vida Nua.....</b>	.....
<b>Capítulo III – Do direito à vida ao “direito de não nascer”.....</b>	.....
<b>3.1 O direito à vida e sua sacralidade.....</b>	.....
<b>3.2 Diagnósticos Genéticos e Reprodução Assistida.....</b>	.....
<b>3.3 O <i>Arrêt Perruche</i> e a crítica dos direitos subjetivos.....</b>	.....
<b>Conclusão.....</b>	.....
<b>Referências.....</b>	.....

## **Resumo**

O desenvolvimento da tecnologia voltada à produção de inovações, com o objetivo de agregar valor de mercado aos produtos aplicáveis à saúde humana, aliado ao poder do capital, permite uma análise do denominado “mercado de produtos biotecnológicos”, no qual o homem é tomado como fonte, destinatário e titular de materiais e produtos. Nessa conjuntura, e no exercício de sua condição de sujeito de direito, poderá o homem exercer sua autonomia jurídica de maneira ilimitada, só antes imaginada, ou antecipada, em obras literárias de ficção científica. De acordo com a linha de pensamento liberal e individualista, marca do Direito moderno (e ainda presente no discurso jurídico contemporâneo), os direitos da personalidade tratariam de tutelar, a um só tempo, os elementos característicos do ser humano, entre eles sua autonomia, tendo como base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. No entanto, a narrativa em torno da eugenia liberal exige uma compreensão por outros marcos, para além dos legais. Assim sendo, é preciso refletir se as técnicas que possibilitam a reprodução assistida e os diagnósticos genéticos ultrapassaram, de maneira sutil, as fronteiras do tratamento terapêutico ou se, de outro lado, tais procedimentos correspondem a um princípio de seleção e aperfeiçoamento genético da espécie. Esse é o objeto da presente pesquisa, debate que perpassa o polêmico *Arrêt Perruche*, especialmente quando o Autor da Ação exige reparação em pecúnia por ter sido violado o seu “direito de não ter nascido”.

## **Introdução**

Nos limites do Direito Moderno<sup>1</sup> se inscrevem as categorias “soberania”, “direitos subjetivos”, “sujeitos” e “coisas”, que se encontram profundamente afetadas pelo impacto da biotecnologia.

Os avanços biotecnológicos têm suscitado preocupações nos campos da ética e do direito relativas às suas variadas repercussões na vida humana, no desenvolvimento social e no meio ambiente. Essas questões se complexificam em razão da vinculação do desenvolvimento biotecnológico à economia de mercado, exigindo dos juristas uma nova compreensão do humano e do natural.

Os modelos normativos elaborados a partir das premissas clássicas não apresentam soluções equilibradas nem para as sociedades dependentes, como a nossa, nem para as altamente tecnificadas, como as do Hemisfério Norte. Tampouco oferecem respostas às questões levantadas pela biotecnologia, no que concerne à modificação profunda das estruturas da vida humana, animal e vegetal. A biotecnologia altera as relações do homem com o seu corpo, permitindo intervenções que modificam o seu funcionamento e a sua reprodução. Altera, também, a relação do homem com os demais membros da espécie e com os outros seres vivos, ao permitir a apropriação da vida e ao dificultar a distinção entre o natural e o artificial.

O desenvolvimento da tecnologia voltada à produção de inovações, com o objetivo de agregar valor de mercado aos produtos aplicáveis à saúde humana, aliado ao poder do capital, permite uma análise do denominado “mercado de produtos biotecnológicos”, no qual o homem é tomado como fonte, destinatário e titular de materiais e produtos. Nessa conjuntura, e no exercício de sua condição de sujeito de direitos, poderá o homem exercer sua autonomia jurídica de maneira ilimitada, só antes imaginada, ou antecipada, em obras literárias de ficção científica.

---

<sup>1</sup> Carmem Lúcia Silveira Ramos aponta os limites do direito moderno ao escrever sobre os fundamentos do modelo de direito privado brasileiro: “Buscar o papel e função dos códigos civis na vida das sociedades dos séculos XIX e XX conduz à vinculação entre as codificações e o modelo liberal de organização do direito, uma vez que estas espelham os princípios e valores consagrados por este paradigma, de onde a crise que ora se delinea revelar a superação destes conjuntos de normas, organizados num sistema racional, pretendendo regular toda a vida da sociedade privada, como modo de ver o fenômeno jurídico”. (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3-4).

A resposta jurídica utilizada para conter essa “loucura do direito subjetivo”<sup>2</sup> está, por outro lado, fundamentada, segundo a doutrina majoritária, no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e na autonomia privada. De acordo com essa linha de pensamento liberal e individualista, os direitos da personalidade tratam de tutelar, a um só tempo, os elementos característicos do ser humano, entre eles sua autonomia, tendo como base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. No entanto, o discurso em torno da eugenia liberal exige uma compreensão por outros marcos, para além dos legais.

Para buscar compreender essa temática, objeto da Monografia Jurídica ora apresentada, faz-se necessário precisar alguns conceitos jurídicos modernos e os limites que a contemporaneidade lhes impõe.

Assim, no primeiro capítulo, serão revisitadas, em especial, as noções de “pessoa” e de “sujeito de direito”, de modo a problematizar tais categorias a partir dos “direitos da personalidade” e do princípio da “dignidade humana”.

No segundo capítulo, o conflito dos direitos fundamentais com o indivíduo será estudado com base no legado teórico de Michel Foucault e Giorgio Agamben, tendo-se em vista as definições de “biopolítica” e de “vida nua” como ferramentas interessantes para uma abordagem crítica da vida digna de ser vivida e de uma política liberal em torno da eugenia.

No terceiro capítulo, o perene “sim” da declaração de vontade de um sujeito de direitos racional, que exerce sua autonomia apenas no sentido de afirmar o direito à vida, é colocado em xeque, pois o *Arrêt Perruche*<sup>3</sup>, que chegou até a Corte de Cassação Francesa, mais que um sonoro “não” aos valores consagrados pela modernidade e pelo humanismo liberal, se trata de um convite à reflexão sobre o futuro da natureza humana.

Nessa perspectiva, é possível analisar os “diagnósticos genéticos” e suas conseqüências na reprodução humana, em especial na “reprodução assistida”, afetando, profundamente, a concepção de “direito fundamental à vida” e apontando para a possível existência de um “direito subjetivo a não nascer”.

---

<sup>2</sup> EDELMAN, Bernard. *Critique de l'humanisme juridique*, p. 287.

<sup>3</sup> *L'arrêt Perruche ou les problèmes posés par la biologie au droit*. In: *Journal Français de Psychiatrie*, n° 17, Paris: Érès, 1 trimestre de 2003.

## Capítulo I – Elementos Teóricos do Direito Civil Moderno

### 1.1 – Pessoa e Sujeito de Direito

O Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB de 2002), em seu artigo 1º, dispõe: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Estão presentes nessa definição as categorias pessoa e sujeito de direito. Na linguagem comum, há uma tendência em se confundir a noção de sujeito com a de pessoa. Porém, tais termos não designam a mesma realidade, tornando-se necessário, então, distingui-los.

O termo pessoa deriva da palavra *persona*, que, em latim, significa máscara utilizada para representações teatrais<sup>4</sup>. Posteriormente, passou-se a designar o papel, ou seja, a personagem representada, como se verifica a partir do ensinamento de Epicteto: “Lembra-te de que aqui não passas de ator de um drama, que será breve ou longo segundo a vontade do poeta. E se lhe agrada que representes a pessoa de um mendigo, esforça-te por representá-la devidamente. Faze-o mesmo, se te for destinada a pessoa de um coxo, de um magistrado, de um homem comum. Visto que a ti cabe apenas representar bem qualquer pessoa que te seja destinada, a outro pertence o direito de escolhê-la”<sup>5</sup>.

Em um estudo acerca da noção de pessoa, Marcel Mauss explica que, na Roma Antiga, o uso da máscara durante certos ritos permitia determinar os papéis sociais exercidos por cada um em seu clã. Curiosamente, outras pesquisas etnográficas mostraram a utilização da máscara de maneira semelhante, como, por exemplo, por certos povos da América do Sul e do Norte ou da Austrália<sup>6</sup>.

Assim, Mauss concluiu que “um imenso conjunto de sociedades chegou à noção de personagem, do papel desempenhado pelo indivíduo nos dramas sagrados, a partir de uma forma parecida ao papel que ele desempenha dentro da vida familiar. A função criou a fórmula desde as sociedades mais primitivas, até as nossas”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Conforme Miguel Maria de Serpa Lopes, “a palavra pessoa, em Roma, servia para designar a máscara trágica que engrossava a voz do ator e também a máscara dos ancestrais que se apresentava nos cortejos fúnebres”. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, V. I, 6 ed, 1988, p. 246).

<sup>5</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed, 1998, p. 761.

<sup>6</sup> MAUSS, Marcel. *Une categorie de l'esprit humain: la notion de la personne, celle de "moi"*. In: *Sociologie et anthropologie*. Paris, PUF, coll. Quadrige, 1993, p.331-332.

<sup>7</sup> Idem, p. 346-347.

A pessoa, para o Direito Romano, designa, portanto, o indivíduo como ator da vida jurídica. Como indica Jean-Pierre Baud, a invenção da pessoa jurídica, herdada por nosso direito civil, “é uma noção que foi concebida no meio da civilização romana para colocar em cena o homem no teatro da vida jurídica”.<sup>8</sup> Serpa Lopes também afirma que a pessoa passou para o Direito tomando um sentido jurídico ao escrever: “É para as pessoas que o Direito foi feito, e *persona* foi conceituada como sendo o ser humano capaz de direitos e obrigações”<sup>9</sup>.

Apesar dessa aparente unidade conceitual e de sentidos. San Tiago Dantas, em seu Programa de Direito Civil, aponta para a necessidade da distinção entre os conceitos de homem, pessoa e sujeito de direito ao explicar: “O sujeito de direito é uma pessoa: pode ser o homem e, nesse caso, se chama pessoa física, ou pessoa natural; e pode ser um grupo de homens a que se atribui artificialmente unidade, de tal modo que se pode fazer desse grupo o sujeito de um direito. A palavra pessoa não tem, no Direito Romano, como se sabe, um sentido tão identificado ao conceito de homem, como hoje em dia se encontra”<sup>10</sup>.

Verifica-se, portanto, que a noção de pessoa sofreu transformações no decorrer da história, sendo a de maior radicalidade aquela operada pelo cristianismo. A noção cristã de pessoa foi modelada a partir da santíssima trindade, pois Deus, apesar de sua natureza única, seria, ao mesmo tempo, três pessoas: Pai, Filho e Espírito Santo. Cada um desses três personagens é assimilado a uma substância, dotado de realidade individual e existente por si. A propriedade de três pessoas divinas substancializadas individualmente é a idéia que será transposta ao ser humano. Apesar de ter sido útil para expressar a relação entre Deus, Cristo e Espírito Santo, a palavra pessoa, “lembrando a máscara de teatro, parecia implicar o caráter aparente e não substancial da pessoa”<sup>11</sup>. Por isso, alguns intelectuais da Igreja Católica insistiram na substancialidade da pessoa, como, por exemplo, Santo Agostinho, ao afirmar que pessoa significava “substância”, de maneira que Deus Pai seria uma pessoa em

---

<sup>8</sup> Idem, p. 346-347.

<sup>9</sup> Cabe ressaltar que Serpa Lopes iguala os conceitos de pessoa e sujeito de direito em outras passagens de sua obra, como, por exemplo, à página 247 do seu Curso de Direito Civil: “(...) sujeitos de direitos ou pessoas consideram-se o portador do direito subjetivo ou da faculdade jurídica e aquele sobre quem recai o dever jurídico. No Direito moderno, é ponto indiscutível que todo homem, como tal, é pessoa, ou sujeito de direito: em virtude do que a capacidade jurídica é sinônimo de personalidade”. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, V. I, 6 ed, 1988, p. 246).

<sup>10</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 2 ed, 1979, p. 169.

<sup>11</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed, 1998, p. 761.

relação a si mesmo, e não em relação ao Filho, ou ao Espírito Santo<sup>12</sup>, ou, ainda, São Tomás de Aquino, que também insistiu no caráter “substancial” da pessoa, de existência em si e por si<sup>13</sup>. Essa passagem, de grande influência por parte da religião cristã, acaba por conferir à noção de pessoa um fundamento ontológico.

O entendimento contemporâneo de pessoa, pelo Direito, cumula, com efeito, duas dimensões: uma ontológica<sup>14</sup>, tendo em vista ser a pessoa uma realidade existente em si; e outra moral, pois a pessoa exigiria um respeito incondicionado, com base na doutrina moral do racionalismo iluminista<sup>15</sup>.

Herdeiros da tradição jurídica romano-germânica, os Códigos Civis Brasileiros, de 1916 e de 2002, foram influenciados pelo pensamento escolástico do século XIII (em especial por São Tomás de Aquino<sup>16</sup>), e revelam, também, influência decisiva da noção de pessoa em uma perspectiva essencialmente moral, conforme a filosofia de Kant<sup>17</sup>. Para este

---

<sup>12</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed. 1998, p. 761.

<sup>13</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed. 1998, p. 762.

<sup>14</sup> A dimensão ontológica da pessoa foi reforçada, ainda durante o século XX, por influência do pensador cristão Emmanuel Mounier, representante do *personalismo*, quando diz: “eu sou uma pessoa desde minha existência a mais elementar. (MOUNIER, Emmanuel. *Lê personnalisme*. Paris: PUF. Coll. Que sais-je?, 1978, p. 24). Cabe ressaltar, ainda, que o denominado humanismo cristão atual se revela bastante permeado pelas idéias da corrente personalista, sendo exemplo disso a visão doutrinária de Edgar de Godoi da Mata Machado na obra intitulada *Contribuição ao Personalismo Jurídico* (Belo Horizonte: Del Rey, 1999). Interessante verificar, também, um desdobramento prático de tal postura teórica, como se passa na obra de Maria Dolores Vila-Coro, para quem o embrião que se encontra em laboratório é nascituro ou, ao menos, merece idêntica proteção. (VILA-CORO, Maria Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Servicio de publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1995, p. 122). Contudo, a noção de pessoa, apesar de não ser utilizada apenas por teóricos de influência do personalismo cristão, aparece, frequentemente, no debate bioético, associada a uma outra noção, a de dignidade humana. Nesse sentido, verificar a obra *Genética e Dignidade Humana*, que versa sobre a ética e o direito no início da vida, publicada sob a coordenação de Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes; Coimbra: Gráfica de Coimbra, outubro de 2002.

<sup>15</sup> O “(...) jusnaturalismo racionalista, lançou as bases teóricas para a fundação política das sociedades européias modernas. Os filósofos desse movimento podem divergir, por vezes, sobre a maior ou menor independência e inviolabilidade do poder do indivíduo em relação aos limites morais da justiça (*jus*), ou em relação à liberdade do indivíduo perante o poder político e o direito constituído (*iura*). Há, porém, uma certa uniformidade entre eles a respeito da moralidade e necessidade de o poder individual ser exercido sobre determinadas coisas, como consequência da liberdade como pressuposto da felicidade terrena. Majoritariamente, admitem a liberdade de apropriação individual dos bens da natureza”. (GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 14).

<sup>16</sup> HUISMAN, Denis. *Dicionário dos Filósofos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 160. Cabe destacar que a idéia teológica e filosófica de São Tomás de Aquino será influenciada por Boécio, que, no século V, definiu pessoa como sendo a “substância individual de natureza racional”.

<sup>17</sup> Ricardo Terra assim sintetiza a obra de Kant: “(...) Kant pode ser pensado como expressão filosófica da modernidade. Pois suas três obras principais procuram analisar as condições de possibilidade dos três campos da cultura independentes uns dos outros: a *Crítica da razão pura* no domínio teórico, no âmbito do

filósofo alemão, há uma distinção de princípio entre as coisas e as pessoas, pois as últimas são “fins em si”, ou seja, as pessoas têm, ao inverso das coisas, um valor incondicional que deve comandar o respeito. Kant chega a formular um imperativo moral que prescreve agir de tal maneira “tratando a humanidade tanto na sua própria pessoa como também na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo, como fim, e jamais simplesmente como meio”.<sup>18</sup>

O pensamento de Kant mostra, dessa forma, que ainda que o homem possa ser visto como um meio em determinadas circunstâncias, isso nunca ocorrerá com a pessoa, pois essa sim seria um fim em si, devendo não só a vontade geral, mas principalmente a vontade estatal operar com o princípio ético de respeito a essa compreensão. Será, portanto, na obra de Kant que o direito moderno dos códigos oitocentistas vai se inspirar. Esse é, também, o sentido buscado pela Constituição ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia do sujeito diante da Lei<sup>19</sup>.

Retira-se do pensamento de Kant uma das qualidades mais importantes do homem para o Direito, qual seja, a autonomia da pessoa, pois uma pessoa não está sujeita a quaisquer outras leis além daquelas que ela a si mesma impõe. De acordo com Ricardo Terra, a distinção entre heteronomia e autonomia é central na filosofia kantiana:

---

conhecimento, da ciência; a *Crítica da razão prática* no plano da ação, dos costumes, da moral, do direito; e a *Crítica do juízo* no âmbito do belo, da arte” (TERRA, Ricardo. *Kant e o Direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 10-11). Ressalte-se que, para formular o princípio supremo da moralidade, Kant distingue o imperativo hipotético (para atingir um determinado fim deve-se usar certos meios) do categórico (“age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”), sendo o último uma regra que elaboramos para nós mesmos quando vamos agir, de modo que a questão está em saber se essas regras são morais ou não. Para Kant, uma máxima será moral quando for universalizável, sendo por isso que a moral kantiana é tida como procedimental, já que não se estabeleceu uma série de mandamentos, mas sim um procedimento formal para testar um princípio moral.

<sup>18</sup> KANT, Emmanuel. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Trad. Francesa V. Delbos. Paris. Vrin, 1987, p. 105.

<sup>19</sup> “Com o imperativo categórico, com a idéia de contrato originário e com a formulação do princípio universal do direito, Kant abre a perspectiva do procedimentalismo e do formalismo universalista, podendo afirmar a prioridade do justo (insistindo no universalismo que permite a coexistência de uma pluralidade de concepções do que seria a vida boa) sobre o bem (ou seja, concepções particulares do que seria a vida boa, a felicidade). (...) A tensão entre a perspectiva liberal e a democrática presente no pensamento de político-jurídico kantiano leva-o a procurar manter a dupla exigência de respeito aos direitos humanos e a soberania popular. É essa dupla exigência que Habermas chama de intuição kantiana da co-originariedade de soberania popular e direitos humanos, a soberania popular pressupondo os direitos humanos e vice-versa, uma não podendo pretender o primado sobre a outra”. Dessa maneira, a exigência de uma constituição republicana, no plano do direito político; a exigência de uma federação das nações, no plano do direito das gentes; e a condenação do colonialismo e a defesa dos direitos humanos em todo o globo, no direito cosmopolita, seriam, de acordo com R. Terra, “elementos básicos do direito público kantiano” (TERRA, Ricardo. *Kant e o Direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 58).

“É heterônoma uma regra de conduta que tem seu fundamento em algo externo, que pode ser a tradição, mandamentos divinos, ou interesses englobados em uma certa concepção de felicidade. Por outro lado, Kant formula a noção de autonomia da vontade ao ampliar a concepção democrática de liberdade de Rousseau, que articula a ideia de contrato social como um procedimento em que as pessoas obedecem a si mesmas na medida em que participam juntas da elaboração das leis. Essa concepção se diferencia da liberal, que entende a liberdade como limitação recíproca, a liberdade de um terminando onde começa a liberdade do outro”<sup>20</sup>.

Apesar de, etimologicamente, autonomia ser o poder de estabelecer lei própria, ou o poder de dar-se um ordenamento, tal figura não pode ser confundida com o conceito de soberania, ainda que as ordens soberanas sejam forçosamente autônomas. Assim, apesar de inicialmente entendidas como o poder normativo do ente soberano, hoje autonomia é considerada, por definição, como poder de criação de preceitos atribuídos a sujeitos não soberanos, como explicita Francisco Amaral:

“A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. Sob o ponto de vista institucional e estrutural, dominante na Teoria Geral do Direito, a autonomia privada constitui-se em um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado em um reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa. Trata-se da projeção, no Direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade. Sob o ponto de vista técnico, que revela a importância prática do princípio, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem”<sup>21</sup>.

Logo, a autonomia privada corresponde à permissão legal de produzir efeitos no universo jurídico. Mas, para que isso seja possível, a autonomia pressupõe uma capacidade de produção de tais efeitos, isto é, um poder jurídico de os gerar, fruto de concessão da ordem jurídica. Mas a autonomia também apresenta limitação negativa, em relação ao fim dos atos, pois o legislador apenas se ocupa dos fins que lhe repugnam, ao proibir certas causas objetivas para os contratos.

---

<sup>20</sup> TERRA, Ricardo. *Kant e o Direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 11-12.

Estabelecidos esses limites, resta um acervo indeterminado de outros fins que, por contradição, se reputam compatíveis com o interesse público.

No âmbito da autonomia privada, não se pode, pois, falar-se de predeterminação legal de um fim. Dentro da esfera do lícito, escapa ao controle do Direito o momento em que o sujeito individualiza o fim da sua atividade. No moderno Estado de Direito, só é originária a autonomia constituinte, de modo que toda e qualquer outra autonomia será derivada. Portanto, os ordenamentos privados derivam do ordenamento estatal, valendo dizer que a autonomia privada existe onde e na medida em que o ordenamento, direta ou indiretamente, a permite e delinea. Assim sendo, a autonomia privada encontra veículos da sua realização nos direitos subjetivos<sup>22</sup> e na possibilidade de celebração de negócios jurídicos.

Serpa Lopes, a partir de fontes romanas, diz ser o vocábulo *persona* empregado no mesmo sentido de “homem”, isto é, a pessoa física:

“Todavia, se bem que os romanos considerassem ‘*hominium causa omne ius constitutum est*’, nem todo homem, na sociedade romana, podia ser considerado sujeito de direitos. Além dessa qualidade de homem, mister se fazia a reunião de outras condições essenciais, como o ser livre (*status libertatis*), e, quanto às relações *iuris civilis*, ser cidadão (*status civitatis*). Só mais tarde (...) é que o termo ‘pessoa’ passou a representar o significado técnico de homem dotado de capacidade jurídica. O princípio do nosso Código Civil (...) é o de que ‘todo homem é capaz de direitos e de obrigações na ordem civil’ (art. 2º CCB de 1916)<sup>23</sup>”.

Como se percebe, os Códigos Civis brasileiros, de 1916 e 2002, e parte da doutrina, não atentaram para a necessária diferenciação entre os conceitos de pessoa e sujeito de direito. Interessante ressaltar como o Código Civil argentino, em seu artigo 3º, revela maior clareza na distinção entre os conceitos “pessoa” e “sujeito de direito”, ao

---

<sup>21</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 3 ed, 2000. p. 337-338.

<sup>22</sup> “A idéia primitiva de direito subjetivo, que continha a liberdade em potência, transmuta-se, na moldura do Estado de Direito, em vontade livre ou autônoma, segundo a lei. As potencialidades individuais foram pouco a pouco assimiladas pelo Direito estatal, sobrevivem limitadas pelo critério de licitude e assumem o caráter de vontade condicionada por critérios jurídicos. Os direitos inatos, desde então, têm sua compreensão teórica e força social vinculante dependentes da lei. O direito subjetivo passou a traduzir o poder (*facultas* ou *potestas*) de agir juridicamente, sendo reconhecido ao indivíduo pelo direito constituído, nas relações horizontais com os demais sujeitos, principalmente, na defesa de interesses patrimoniais”. (GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 20).

enunciar: “todos os entes que podem adquirir direitos ou contrair obrigações são denominados sujeitos de direito ou pessoas”<sup>24</sup>.

Orlando Gomes, por exemplo, ao tratar dos sujeitos de direitos, ensina que a ordem jurídica admite duas espécies de pessoas:

“As pessoas naturais, também chamadas pessoas físicas, e as pessoas jurídicas, denominadas por Teixeira de Freitas, respectivamente, pessoas de existência visível e de existência ideal. As pessoas naturais ou físicas são os seres humanos. Todo homem é pessoa. É, no entanto, na capacidade<sup>25</sup> de ser titular de direitos e obrigações que a personalidade se mede, influenciando na capacidade de agir, não só o estado do agente, mas também certas qualidades jurídicas (...). Tanto as pessoas físicas como as jurídicas são sujeitos de direito, mas a naturalidade de umas e a artificialidade das outras obriga a discipliná-las diversamente. (...) Sujeito de direito é a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres”<sup>26</sup>.

No campo filosófico, o termo sujeito tem dois significados principais: “aquilo de que se fala ou a que se atribuem qualidades ou determinações ou a que são inerentes qualidades ou determinações<sup>27</sup>”; ou então como “o eu, o espírito ou a consciência, como princípio determinante do mundo do conhecimento ou da ação, ou ao menos como capacidade de iniciativa em tal mundo<sup>28</sup>. Ambos os significados se mantêm no uso corrente do termo: o primeiro na terminologia gramatical e no conceito de sujeito como tema ou assunto do discurso; o segundo no conceito de sujeito como capacidade autônoma de

---

<sup>23</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. V. I. 6 ed. 1988. p. 247.

<sup>24</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. V. I. 6 ed. 1988. p. 247.

<sup>25</sup> De acordo com Ana Prata, “A atribuição de personalidade e capacidade jurídica constitui o instrumento através do qual se viabiliza a utilização privada autônoma e não perturbada de cada fracção da terra e a troca de bens” (PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina. 1982, p. 8).

<sup>26</sup> GOMES, Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 18 ed. 2000. p. 142.

<sup>27</sup> Esse primeiro significado tem origem na tradição filosófica antiga, sendo definido por Aristóteles como um dos modos da substância, ao dizer: “sujeito é aquilo de que se pode dizer qualquer coisa, mas que por sua vez não pode ser dito de nada”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed, 1998, p. 930).

<sup>28</sup> “Em Aristóteles, o sujeito, ou *hupokeimenon*, designa ‘aquilo que está sob’, e é usado em muitas acepções. É empregado logicamente para falar do ‘gênero sujeito’ ou daquilo de que as coisas são predicados (...). Com Descartes, o sujeito primeiro foi identificado com o eu consciente de si próprio revelado pelo *cogito ergo sum* (‘penso, logo existo’), e isso foi subseqüentemente considerado a base ou fundamento da predicação”. (CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 299).

relações ou de iniciativas, capacidade que é contraposta ao simples ser ‘objeto’ ou parte passiva de tais relações”<sup>29</sup>.

Pode-se dizer que a noção de sujeito como “o eu, a consciência ou a capacidade de iniciativa em geral, teve início com Kant”<sup>30</sup>. “O eu é sujeito na medida em que determina a união entre sujeito e predicado nos juízos, na medida em que é atividade sintética ou judicante, espontaneidade cognitiva, portanto consciência, autoconsciência ou apercepção”<sup>31</sup>.

A teoria civilista apesar de receber essas mesmas influências filosóficas não as trata sempre com a mesma precisão. Assim, para Clóvis Bevilacqua, o sujeito de direito é o “ser, a que a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito”<sup>32</sup>. O sujeito de direito é uma pessoa com aptidão jurídica na ordem civil. O sujeito de direito teria, dessa maneira, “um poder de ação assegurado pela ordem jurídica”, sendo esse o conceito de direito subjetivo<sup>33</sup> para Clóvis Bevilacqua<sup>34</sup>.

Portanto, pessoa é um conceito que remete ao momento revolucionário que viveu a burguesia em ascensão. O sujeito de direito, por sua vez, é uma figura jurídica que espelha a racionalidade abstrata moderna<sup>35</sup>, necessária para o trânsito de coisas e bens no livre mercado. De acordo com Carmem Lúcia Silveira Ramos:

---

<sup>29</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed, 1998, p. 929-930.

<sup>30</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed, 1998, p. 930.

<sup>31</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed, 1998, p. 930.

<sup>32</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 2001, p. 100-101.

<sup>33</sup> Cabe ressaltar que a definição contemporânea de direito subjetivo utilizada por grande parte da doutrina corresponde ao conceito fornecido por Mota Pinto: “O direito subjetivo pode definir-se como o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário). (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 3 ed, 1999, p. 169).

<sup>34</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 2001, p. 99.

<sup>35</sup> Foi no século XVIII, conhecido como século das Luzes, que a razão emancipou o homem, tendo colaborado para isso o pensamento de Kant. Muitas de suas idéias foram retomadas pelo sociólogo alemão Max Weber, crítico do processo histórico de racionalização, que ocorreu no Ocidente moderno. Tal processo é a evidência do *desencantamento do mundo*, da passagem para um mundo fragmentado e secularizado, em que o homem se autonomizou. Nas palavras de R. Terra: “Para Weber, o processo de modernização na cultura se dá pela diferenciação de esferas de valor que passam a ter uma legalidade própria. A modernização vai quebrar a articulação que havia entre, de um lado, o saber, a ética, o direito e a arte e, de outro, a teologia e a metafísica. Antes desse processo, passava-se de uma esfera para outra sem sobressaltos – uma interferia na

“Foi este paradigma, inaugurado com a codificação francesa, o adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916. No texto francês, como no direito pátrio, a autoridade do Estado se conciliava com a soberania do indivíduo, com sua autonomia decorrente do contrato social, que, no domínio econômico e dos contratos mantinha o Estado numa neutralidade estática, ignorando as desigualdades econômicas, aplicando o regime de igualdade de todos, fortes e fracos, perante a lei, cuja consequência foi fazer com que a vontade dos fortes passasse a dominar e oprimir, acabando por tornar-se um regime de privilégio dos fortes, baseado numa ética individualista. Nos códigos civis típicos do século XIX, o ser humano, personificado como sujeito de direito, titular de direitos virtuais, abstratos, no gozo de sua capacidade de fato e autonomia de vontade tem a capacidade de se obrigar. No entanto, considerando-se o modelo de produção capitalista vigente, o exercício de direitos ficou vinculado à apropriação de bens, restando, à maioria da população, como direito único, o de obrigar-se, vendendo sua força de trabalho”<sup>36</sup>.

Complementa esse raciocínio Michel Mialle, em sua *Introdução Crítica ao Direito*, ao dizer:

“Com efeito, o sujeito de direito é sujeito de direitos virtuais, perfeitamente abstractos: animado apenas pela sua vontade, ele tem a possibilidade, a liberdade de se obrigar, designadamente de vender a sua força de trabalho a um outro sujeito de direito. Mas este acto não é uma renúncia a existir, como se ele entrasse na escravatura; é um acto livre, que ele pode revogar em determinadas circunstâncias. Só uma ‘pessoa’ pode ser a sede de uma atitude destas. A noção de sujeito de direito é, pois, absolutamente indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista. A troca das mercadorias, que exprime, na realidade, uma relação social – relação do proprietário do capital com os proprietários da força de trabalho –, vai ser escondida por ‘relações livres e iguais’, provindas aparentemente apenas da ‘vontade de indivíduos independentes’. O modo de produção capitalista supõe, pois, como condição de seu funcionamento a ‘atomização’, quer dizer, a representação ideológica da sociedade como um conjunto de indivíduos separados e livres. No plano jurídico, esta representação toma a forma de uma instituição, a do sujeito de direito”<sup>37</sup>.

Dessa forma, arremata Eliseu Figueira:

---

outra, havendo, de alguma forma, um predomínio de imagens religiosas consolidadas na tradição” (TERRA, Ricardo. *Kant e o Direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 9).

<sup>36</sup> RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 5-6.

<sup>37</sup> MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2 ed, 1994, p. 118.

“Personalidade jurídica (sujeito de direito) e direito subjectivo são conceitos elaborados pela doutrina do liberalismo econômico para responderem aos problemas emergentes da estrutura mercantilista e concorrencial; hoje, com o desenvolvimento tecnológico e a produção de massa, são instrumentos envelhecidos, mostram-se inadequados à solução dos novos problemas e, porque autonomizados e transformados em dogmas, em coisas duras e opacas, tornam-se um empecilho para a resolução correta dos conflitos. As categorias jurídicas, na dialética entre o ideal e o real, engendram novas categorias: elas não são fixas e intemporais (...). o sujeito de direito tem de ampliar-se, não pode confinar-se a indivíduos e pessoas reconhecidas, tem de estender-se a grupos sem personalidade cujos interesses a norma se proponha tutelar, e o direito subjectivo tende para uma nova categoria, a de interesse juridicamente protegido, descoisificando-se para assumir a natureza relacional contida na norma”<sup>38</sup>.

A reflexão sobre o sujeito de direito, em sua construção histórico-filosófica, remete, por um lado, para o problema da autonomia do sujeito em relação ao seu corpo e à sua saúde<sup>39</sup>. Esse debate se trava no campo da biotecnologia e da biomedicina e se pauta pelo conceito de “consentimento informado”<sup>40</sup>, que permite o acesso ao corpo do paciente, seja para submetê-lo a tratamento médico ou a pesquisas científicas, seja para alcançar seus dados genéticos. A autonomia do sujeito alude, também, para discussão dos limites do direito sobre o próprio corpo do sujeito<sup>41</sup>.

De outro lado, o sentido e as possibilidades dos discursos éticos e jurídicos só podem ser pensados na sua vinculação com a sociedade de mercado<sup>42</sup>. Nesse prisma, é

---

<sup>38</sup> FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989. p. 61.

<sup>39</sup> ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez (coord.). *Genética Humana en el tercer milenio: aspectos éticos y jurídicos*. Madrid: Akal, 2002.

<sup>40</sup> Sobre o tema conferir: CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento do paciente e dever de informar do médico: os limites da autonomia corporal*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curitiba, 2002).

<sup>41</sup> Pietro Barcelona demonstra a abstração do sujeito moderno, distante das coisas do mundo e de seu próprio corpo, ao afirmar: “A distância entre o pensamento e o ser, entre sujeito e objeto é, de fato, um pressuposto fundamental do projeto moderno de domínio e controle da natureza, um forte movimento estratégico que inaugura a época da modernidade” (BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madri: Trotta, 1996, p. 33). Oportuno, também, citar Mialle: “É nessa perspectiva que é preciso situar a distinção entre coisas e pessoas. Os juristas, em nome de um humanismo idealista, continuam a fazer classificações que mascaram objectivamente a dominação da forma mercadoria sobre os próprios homens, no seio de um sistema que é o da produção e da circulação generalizada de mercadorias. Neste mundo dos objectos, as próprias pessoas tornam-se objectos, mais ou menos aparentes, mas não obstante isso, igualmente reais” (MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2 ed, 1994, p. 165).

<sup>42</sup> BERLINGUER, G.; GARrafa, V. *O mercado humano - estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Brasília: UnB, 1996.

preciso estar atento para o fato de que o princípio da dignidade da pessoa humana, desprovido da necessária concreção para solucionar conflitos de dimensão existencial, que lhe garanta um mínimo de efetividade social, corre o risco de permanecer no campo retórico, enquanto predominam os critérios econômicos na pesquisa e aplicação da biotecnologia e da biomedicina. Dessa forma, igualmente relevante é o problema da impossibilidade de acesso a todos aos benefícios prometidos pela biotecnologia, sobretudo na área da terapia e modificação genéticas, que, em seu limite, envolvem as discussões sobre eugenia<sup>43</sup> e discriminação genética<sup>44</sup>.

## **I.2 – Direitos da Personalidade como problematização da Pessoa e do Sujeito de Direito**

O sujeito de direito é a figura que opera o trânsito jurídico entre outros sujeitos de direitos, na ordem civil, em relação às coisas externas<sup>45</sup>. Coisas externas seria a designação

---

<sup>43</sup> CASABONA, Carlos Maria Romeo (coordenador). *La eugenesia hoy*. Bilbao-Granada: Fundacion BBV. Comares Granada. 1999.

<sup>44</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Discriminação por motivos genéticos*. In: Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002. Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (coordenadores). Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p. 179.

<sup>45</sup> Gustavo Tepedino explicita o esforço da doutrina em buscar sempre como objeto um bem externo ao indivíduo, ao dizer: “a própria validade da categoria parecia depender da individuação de um bem jurídico – elemento objetivo da relação jurídica – que não se confundisse com a pessoa humana – elemento subjetivo da relação jurídica -, já que as utilidades sobre as quais incidem os interesses patrimoniais do indivíduo, em particular no direito dominical, lhe são sempre exteriores”. (TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 30-31). Cabe apontar que, para Moraes, apenas aquilo que pode ser apropriado e que expresse algum valor patrimonial poderia ser considerado bem para o Direito. (MORAES, W. *Direito da personalidade: Estado da matéria no Brasil*. In: CHAVES, A. Estudos de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 130). Nesse sentido, para Cláudio Ari Mello: “O centro de gravidade dos direitos subjetivos estava na proteção da propriedade, com os códigos limitando-se a regular a atividade econômica do homem-proprietário. De fato, os códigos tutelavam os institutos da propriedade propriamente dita, dos contratos e das sucessões, instrumentos de circulação da propriedade; mesmo quando regulavam a vida familiar, concentravam-se especialmente no regime de bens da relação matrimonial. Nesse sentido, é perfeitamente adequado qualificar o direito privado da primeira codificação como patrimonialista, em consonância com os fundamentos culturais, políticos e econômicos que ensejaram o surgimento dos primeiros códigos civis. Como se sabe, foi a hegemonia política e econômica da burguesia que reivindicou a segurança e a certeza como os valores máximos a serem garantidos pelos sistemas jurídicos. Além disso, a sociedade burguesa colonizou o direito a fim de instrumentalizá-lo para assegurar condições sociais, políticas e econômicas propícias para a reprodução do seu modelo de sociedade. O direito privado foi o instrumento político-jurídico por excelência do projeto social da burguesia. O homem era filtrado na sua recepção pelo sistema jurídico. Os códigos civis cuidavam apenas de regular as relações com repercussão patrimonial estabelecida pelas pessoas. Tudo quanto escapava à órbita do patrimônio desinteressava ao direito privado. Ora, essa situação era uma consequência natural dos fundamentos ideológicos do direito privado liberal. O grande sonho burguês era reduzir o homem a proprietário-contratante”. (MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da*

material da noção de objeto na relação jurídica. Os objetos são como externalidades da própria esfera subjetiva. Porém, existem bens ligados ao próprio sujeito, que dizem respeito às suas características e sobre os quais recaem direitos ou interesses diferenciados daqueles atribuídos ao sujeito sobre coisas. São os chamados direitos da personalidade<sup>46</sup>.

O Código de Napoleão de 1804 e no Código Civil Brasileiro de 1916 não se fazia nenhuma menção aos direitos da personalidade, mesmo tendo sido este tema discutido desde o séc. XVI. Na verdade, esta espécie de direitos não é tratada porque havia um problema, qual seja: os direitos subjetivos para esse código são direitos de pessoas sobre coisas, mas os direitos da personalidade são direitos sobre características próprias, sobre si mesmo<sup>47</sup>. Tais direitos recaem sobre a base física e psicológica do indivíduo e seu tratamento revela uma ambivalência, pois os direitos da personalidade podem ser dispostos por seu titular, mas, ao mesmo tempo, eles também devem ser protegidos juridicamente, o que, em muitas situações, pode contrariar a própria vontade desse titular. É neste sentido que se discutiu, no século XIX, sobre a possibilidade desse titular, ao dispor sobre sua própria vida, estar exercendo um direito subjetivo. Savigny enfrentou esse problema e verificou que “o direito sobre si”, sobre o próprio corpo, não poderia ser tratado como um direito subjetivo sobre as coisas, senão o suicídio acabaria sendo um ato moral<sup>48</sup>. A

---

*personalidade*. In: O novo código civil e a constituição. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 69-70).

<sup>46</sup> Ensina Eroulth Cortiano Júnior: “A personalidade é um conjunto de caracteres (individualidade, consciência e liberdade) pelos quais as pessoas distinguem-se das coisas e, mesmo, das outras pessoas. A conjugação destas características dá identidade (no sentido de autenticidade) à pessoa. A idéia de personalidade é, pois, essencial ao direitos: este serve para garantir aquela.” (CORTIANO JÚNIOR, E. *Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curitiba: 1993, p. 3). José Antônio Peres Gediel diz que “a expressão no singular ‘direito da personalidade’ corresponde ao entendimento doutrinário denominado sistema unitário, que reconhece a existência de um direito geral da personalidade. A expressão no plural ‘direitos da personalidade’, por sua vez, corresponde ao entendimento doutrinário denominado sistema plural ou pluralista, que admite a existência de distintos direitos personalíssimos relativos à personalidade humana”. (GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 53, nota de rodapé nº 90).

<sup>47</sup> Cláudio Ari Mello assim se pronuncia sobre os direitos da personalidade: são direitos subjetivos que protegem a identidade e a subjetividade do *self* do homem, não as coisas externas que se sujeitam ao ter do homem”. (MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade*. In: O novo código civil e a constituição. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 71-72).

<sup>48</sup> Essa problemática está narrada na Introdução ao Direito Civil de Orlando Gomes, na página 149. (GOMES, Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 18 ed, 2000). Cumpre, porém, destacar o ensinamento de José Antônio Peres Gediel: “O poder de vontade individual apresenta-se como o ponto central para a compreensão do direito subjetivo, mas também é de fundamental importância o fato de esse

dogmática jurídica, então, mudou o conceito de coisa ao perceber que seu sentido antigo não mais se aplicava a todas as relações jurídicas. Haveria, portanto, objetos de relações jurídicas que não são coisas externas ao sujeito, mas bens internos a ele. Contudo, permaneceu a necessidade de se designar esses direitos como direitos subjetivos da personalidade, para torná-los operáveis no sistema jurídico vigente.

Eroulths Cortiano Júnior, assim narra essa dificuldade teórica:

“A figura do direito subjetivo serviu como pano de fundo para a proteção da personalidade, como se utilizasse uma velha roupa para vestir uma nova pessoa. Jogou-se os direitos da personalidade na mesma vala comum daqueles direitos reais e obrigacionais, com poucas especificações. Tratou-se então estes importantes direitos como um terceiro gênero de direito subjetivo, que se classificava como extrapatrimonial, mas absoluto (e, além disso, com outra diferenciação: direitos inatos ao homem). A posição – talvez por um corolário lógico, talvez por acomodamento da doutrina, e talvez pelo cerceamento teórico que marcou o direito privado, tido como mero protetor de interesses patrimoniais – ainda é amplamente aceita”<sup>49</sup>.

O CCB de 2002, por sua vez, trata dos direitos da personalidade. O capítulo II é chamado “Dos direitos da personalidade”. O uso do plural significa que existem vários direitos subjetivos da personalidade<sup>50</sup>, sobre os quais recaem as tutelas jurídicas, o que corresponde, em parte, ao posicionamento da corrente teórica que preconiza a existência de direitos da personalidade, desde que previstos em *numerus clausus*, ou seja, que a lei deve enumerar os direitos subjetivos tutelados pela ordem civil.

---

poder ser atribuído ao indivíduo pela ordem jurídica estatal. Vale dizer, não é um poder natural, imanente, e moral, mas sim concedido pelo Estado, sem preocupações morais, ou, em outras palavras, o direito objetivo é que cria o direito subjetivo e determina sua moralidade”. (GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 24).

<sup>49</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 35.

<sup>50</sup> Os direitos subjetivos, de acordo com a noção clássica, consistem em faculdades atribuídas a um indivíduo por parte do ordenamento jurídico. Seria facultado ao indivíduo fazer uso deste direito, apesar de haver necessários respeito e abstenção em relação a ele por parte dos demais sujeitos e do Estado. Portanto, “Os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma entre os direitos subjetivos, sendo certo que esta autonomia provém do caráter essencial que apresentam por causa da especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo”. (MATTIA, F. M. de. *Direitos de Personalidade: Aspectos Gerais*. In: CHAVES, A. *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 105). Francesco Galgano, por sua vez, diz que os direitos da personalidade diferem dos demais direitos subjetivos por não estarem sujeitos à mutável avaliação do ordenamento. (GALGANO, F. *Diritto Privato*. Casa Editrice Dott: Antonio Milani, 1996, p. 88).

Opondo-se a essa dependência dos direitos da personalidade à Lei, já no século XIX, a corrente que defende a existência de um único “direito geral de personalidade”, o qual independe de previsão no ordenamento jurídico, retoma o conceito jusnaturalista de pessoa, ao mesmo tempo em que identifica no núcleo da pessoa uma dignidade essencial. Isso significa que a pessoa tem direito a todos os direitos necessários para seu pleno desenvolvimento em sociedade. Dessa forma, a teoria do direito geral de personalidade enfatiza os direitos pertencentes às pessoas humanas, que são as pessoas naturais. Tal posição teórica decorre de uma dificuldade já anteriormente anotada, ou seja, a inexistência de um objeto exterior ao sujeito titular do direito subjetivo.

Essa dualidade de concepções teóricas se dá, portanto, porque os direitos da personalidade são inicialmente pensados como atributo da pessoa (*ius in se ipsum*<sup>51</sup>), mas sua força normativa depende de sua positivação como direito subjetivo, vinculados à titularidade de um sujeito de direito. Por isso, embora a idéia de pessoa e de direitos inerentes à pessoa seja temporalmente anterior à noção de direitos da personalidade como direito subjetivo (século XVI), esta última idéia se apresenta mais adequada ao movimento de positivação e codificação dos direitos no século XVIII.

Também por essa razão, os direitos da personalidade começam a ser identificados no Direito Civil moderno com base na jurisprudência, no campo da responsabilidade civil<sup>52</sup>, que fornece a tutela de aspectos ligados à pessoa, ente moral, que dá sustentação à autonomia do sujeito. Mas a efetividade jurídica dessa tutela passa pela mediação do sujeito de direito em juízo.

As duas tendências, a do tratamento específico e a do “direito geral de personalidade”, estão expressas na Constituição Federal de 1988. Na cláusula da dignidade

---

<sup>51</sup> “Na Idade Média, o *ius in se ipsum* significava a faculdade que Deus concedia a cada indivíduo de se obrigar a si mesmo, relativamente ao uso de sua alma e de seu corpo, que pertenciam a Deus, para serem livremente dispostos em vida. O conteúdo medieval dessa faculdade não contemplava o corpo humano como coisa externa ao sujeito, pois a externalidade do corpo ao sujeito é marca do pensamento moderno, e que se encontra presente também no pensamento jurídico”. (GEDIEL, J. A. P. *Os transplantes de órgão e a invenção moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 29).

<sup>52</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 34. Diz, ainda, Bittar que a jurisprudência é a consagração formal dos direitos da personalidade: “esses direitos constituem criação pretoriana, recebendo na doutrina a formulação própria. A jurisprudência tem procurado deduzir os princípios e características comuns dos diferentes direitos, no sentido de assentá-los e possibilitar-se a sua sistematização”. (BITTAR, C. A. *Os Direitos de Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 51).

da pessoa humana, pode-se afirmar que há condições de se identificar o direito geral de personalidade<sup>53</sup>, enquanto o art. 5º revela uma tendência de alguns direitos da personalidade estarem explicitados, um a um, como direitos fundamentais.

Os artigos 11 a 21 do CCB de 2002 trazem uma certa ambivalência, talvez por conta do ecletismo das duas teorias. O Código Civil é eclético quando, por exemplo, no art. 11<sup>54</sup>, traz a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, pois tais características são consideradas a partir de uma visão jusnaturalista, ou seja, preocupada com a pessoa como ente moral. Assim sendo, os bens, ou melhor, os direitos da personalidade, não poderiam ser objeto de relações jurídicas. Contudo, na ordem civil, há também margem para o sujeito renunciar ou admitir que esses direitos sejam transmitidos, de acordo com a previsão legal.

O art. 12 do CCB de 2002, em seu turno, dispõe sobre a possibilidade de exigir que cesse a ameaça ou lesão a direito da personalidade, podendo gerar reclamação por perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei<sup>55</sup>. Tal previsão evidencia como os homens e seus bens podem ter representação quantificável em pecúnia, tal qual as coisas. A ordem jurídica abriu um espaço que permite a troca dos direitos de personalidade, como diz o art. 11 do CCB de 2002 ao utilizar a expressão “com exceção dos casos previstos em lei”. Essa, aliás, é uma outra dualidade presente em nosso ordenamento jurídico.

Tais ambivalências, a partir da visão de Diogo Leite de Campos, demonstrariam que “os direitos da personalidade, no discurso do jurista e nas representações sociais, têm a sua natureza adulterada. De instrumentos de defesa do ser humano contra a onipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da

---

<sup>53</sup> “Se, de uma perspectiva, o princípio da dignidade possui uma dimensão objetiva, a partir da qual se podem extrair valores éticos e princípios jurídicos que devem reger a vida em sociedade, de outra ele possui também uma dimensão subjetiva e permite que dele sejam extraídos direitos subjetivos destinados a proteger juridicamente aspectos da dignidade da pessoa humana, dentre os quais se encontram os direitos da personalidade. Por conseguinte, dogmaticamente parece correto assentar o princípio da dignidade da pessoa humana, por um lado, como a sede normativa do direito geral de personalidade, e, de outro, como a cláusula geral material do direito de personalidade no direito brasileiro”. (MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade*. In: O novo código civil e a constituição. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89).

<sup>54</sup> Art. 11 – Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são *intransmissíveis* e *irrenunciáveis*, não podendo o seu exercício sofrer *limitação voluntária*.

<sup>55</sup> Art. 12 – Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

omnipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o *eu* e os *outros*”<sup>56</sup>. Tal afirmação é comprovada pelo jurista por meio de alguns exemplos concretos, dentre os quais cabe destacar o seguinte:

“Um casal procria um filho para que este forneça medula óssea a um irmão atingido de leucemia. O ser humano. fim em si mesmo, sede autônoma de valores. é produzido com vista a um fim que lhe é estranho e, mesmo, hostil. O direito à vida de um ser (o irmão doente) é afirmado como superior ao direito à integridade física do irmão mais novo. (E se este falecer por causa da extração da medula?) E é afirmado como superior ao Direito enquanto ordem, que proibe a extração de tecido sem consentimento do lesado. A vítima não fala, não pode exprimir a sua vontade, está amordaçada. Os pais exercem um poder sobre ela: são mais fortes”<sup>57</sup>

Atualmente, por meio da reprodução assistida, o desejo de indivíduos que não podem, ou não querem, ter um filho pelas vias biológicas ditas “normais” pode ser satisfeito graças aos avanços tecnocientíficos. Dessa maneira, se “os anos 60 trouxeram o sexo sem procriação, os 80 trouxeram a procriação sem sexo”<sup>58</sup>. de modo que, para Laymert Garcia dos Santos,

“(…) o leque de opções para a satisfação desse desejo amplia-se ininterruptamente: das inseminações artificiais à possibilidade de clonagem humana, passando pelos bebês de proveta, os bancos de esperma, as barrigas de aluguel, a comercialização de ovos e embriões, e as promessas da engenharia genética para a geração da ‘criança perfeita’. Ora, a abertura desse campo está criando situações inéditas. Na Inglaterra, uma jovem deseja conhecer a experiência da imaculada concepção porque se identifica com a Virgem Maria, enquanto um casal de gays e um casal de lésbicas desejam constituir um novo tipo de família. Na Itália senhoras de idade desejam ser mães. Clientes japoneses viajam para contratar barrigas de aluguel no exterior porque a atividade é ilegal em seu país. Nos Estados Unidos, diversos bebês gerados por mães substitutas vêm sendo abandonados porque nasceram com o sexo errado; ao mesmo tempo, disputas judiciais colocam aos juízes a responsabilidade de ter de decidir quem é a mãe: a mulher que forneceu o óvulo ou aquela que portou e pariu a criança? Em todo o mundo as concepções tradicionais de vida, de

---

<sup>56</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação*. Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, nº 43, fevereiro de 1991, p. 5.

<sup>57</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação*. Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, nº 43, fevereiro de 1991p. 6.

<sup>58</sup> Como diz Lori Andrews, citado por A. Kimbrell em *The human body shop – the engineering and marketing of life*, Penang (Malásia): The Third World Network, 1993, p. 68.

morte, de procriação, de filiação, de parentesco estão sendo implodidas e é grande a controvérsia em torno do momento em que o inaterial humano passa a ser pessoa”<sup>59</sup>.

Percebe-se, portanto, que a ambivalência dos direitos da personalidade gera diversas questões, cujas soluções não foram elaboradas pelo Direito, permanecendo inquietações como a de François Ost: “onde estará o ainda sujeito, quando lhe é progressivamente dissociado o corpo, tratado cada vez mais como uma coisa e cada vez menos em relação com a pessoa?”<sup>60</sup>. Outro incômodo, decorrente dos diagnósticos genéticos e da reprodução assistida, está assentada no que Hans Jonas chamou de “controle genético das gerações futuras”<sup>61</sup>. Isso porque, segundo a afirmação de Helena Pereira de Melo, “O diagnóstico pré-implantatório”<sup>62</sup>, ao permitir identificar os embriões portadores de mutações genéticas e a subsequente seleção para transferência no útero materno apenas dos embriões com as características genéticas desejadas, abre a porta para a escolha do ‘tipo de genes que herdarão as nossas futuras crianças’, o que permitirá ‘alterar a herança genética das gerações futuras’<sup>63</sup>.

Nesse sentido, o descompasso entre Ciência Jurídica, Direito Legislado e Biotecnologia se revela na ausência de tratamento legislativo adequado acerca da técnica de reprodução humana assistida<sup>64</sup>, a face mais visível e divulgada desses processos, cada vez mais complexos, de diagnósticos genéticos.

As Constituições mais recentes, embora não tratem especificamente das questões jurídicas decorrentes das aplicações biotecnológicas, oferecem um catálogo de valores e princípios que servem para balizar as atividades pública e privada nesse campo.

Assim, o núcleo sobre o qual se costuma apoiar a maior parte das reflexões ou ações que venham atingir os seres humanos, direta ou indiretamente, encontra na dignidade

---

<sup>59</sup> SANTOS, Laymert Garcia dos. *Politizar as novas tecnologias*, São Paulo: 34, 2003, p. 239.

<sup>60</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito*. Lisboa, p. 95.

<sup>61</sup> JONAS, Hans. 1994. *Ética, Medicina e Técnica*, Lisboa: Veja, p. 54.

<sup>62</sup> Habermas explica que o uso do diagnóstico genético pré-implantação permite a prevenção de um eventual aborto por meio da ‘rejeição’ de células-tronco extracorporais e geneticamente defeituosas. (HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 43).

<sup>63</sup> MELO, Helena Pereira de. *O Diagnóstico Pré-Implantatório e os Direitos das Gerações Futuras*. In: *Genoma e Dignidade Humana*. Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes (coordenadores). Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002, p. 155.

<sup>64</sup> O Conselho Federal de Medicina já havia se pronunciado acerca da técnica de reprodução assistida na Resolução nº 1358/92. O CCB de 2002, por sua vez, trata da reprodução assistida em seu art. 1597. Cabe ressaltar, ainda, que está em trâmite, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 90/99, que versa, também, sobre reprodução assistida.

humana, declarada no texto do art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>65</sup>, promulgada em 1988, o ponto de partida e o fundamento último da concepção política, social e cultural, ainda dominante nas sociedades ocidentais contemporâneas.

O princípio da dignidade da pessoa humana, dessa maneira, é compreendido como limite da pesquisa<sup>66</sup> e sua aplicação na área biotecnológica, além de um direito fundamental.

### **I.3 – Pessoa e Dignidade Humana**

O homem nem sempre foi considerado pessoa. Por sua vez, a pessoa nem sempre foi dotada de dignidade. A apreensão, pela doutrina contemporânea, da idéia de dignidade como valor intrínseco da pessoa humana tem suas raízes no pensamento clássico, em especial no estoicismo, e no ideário cristão. Nesse sentido, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “a personificação do homem foi uma resposta cristã à distinção, na Antigüidade, entre cidadãos e escravos. Com a expressão pessoa obteve-se a extensão moral do caráter de ser humano a todos os homens, considerados iguais perante Deus”<sup>67</sup>. Contribuiu para afirmar tal idéia o espanhol Francisco da Vitória, que, no séc. XVI, em plena expansão colonial espanhola, posicionou-se contra o processo de aniquilação, exploração e escravização dos povos indígenas, não apenas com base no estoicismo e no cristianismo, mas também em função do direito natural<sup>68</sup>.

Mas a *dignitas humana* ganhou novo sentido com o advento da Modernidade, quando a influência do humanismo liberal fez da racionalidade a qualidade peculiar e inerente ao ser humano, tornando, assim, evidente o processo de racionalização e laicização pelo qual passou o pensamento em torno do direito natural e da dignidade da pessoa humana a partir dos séculos XVII e XVIII. Essa passagem encontra uma justificação teórica em Kant, como ressalta Ingo Sarlet: “Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a

---

<sup>65</sup> O artigo 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988 trata do princípio da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

<sup>66</sup> Nesse sentido: GARCIA, Maria. *Limites da Ciência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>67</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2 ed., 1996, p. 156.

faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais. constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana”<sup>69</sup>. Estes pressupostos, sustentáculos da idéia kantiana do homem, ser racional, como um “fim em si mesmo”, trazem à tona, ainda, outras influências da Renascença sobre a filosofia da Idade Moderna, como, por exemplo, o humanismo, que exaltou o homem, substituto de Deus, mas, principalmente, o individualismo, que já havia encontrado expressão filosófica no nominalismo de Guilherme de Occam (para quem seriam reais apenas os seres designados por nomes próprios), e que compreende os homens como seres autônomos (liberdade seria, então, a faculdade de autodeterminação do ser humano<sup>70</sup>). É com o individualismo que se instaura, no seio do pensamento jurídico ocidental, o ponto de vista do particular, o que, de acordo com Celso Lafer, culminou com a elaboração do conceito de direito subjetivo, “figura jurídica afim com a dos direitos do homem e da personalidade, todos representativos, no seu desenvolvimento teórico, do individualismo. Este (o direito subjetivo) marca, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, a erosão de uma concepção hierárquica de sociedade na qual a igualdade só se colocava no momento da morte”<sup>71</sup>.

Acentue-se que a tese do contrato social explica a gênese do Estado, da Sociedade e do Direito de maneira a amoldar uma transição do Direito medieval baseado no *status* para o Direito moderno baseado no indivíduo. Vale dizer que é a própria figura do contrato que desloca para a vontade individual o poder que antes pertencia ao soberano, ou à Deus. Celso Lafer aponta uma relação entre a teoria política de Locke e a tutela dos direitos fundamentais: “a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo. Estes limites, vistos como necessários para que as individualidades possam ser livres, resultariam da divisão dos poderes, na lição clássica de Montesquieu –

---

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32.

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32.

<sup>70</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2003, p. 120.

<sup>71</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2003, p. 120.

<sup>71</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2003, p. 118.

<sup>71</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2003, p. 118.

<sup>71</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2003, p. 118.

que tem as suas raízes na teoria do governo misto, combinada com uma declaração de direitos, ambas expressas num texto escrito: a constituição”<sup>72</sup>.

A possibilidade de o homem organizar o Estado e a sociedade em que vive, com base em sua vontade racional, deixando de lado a tradição, foi a grande novidade trazida pelo Iluminismo. Dentro desse espírito, o valor da pessoa humana, para Celso Lafer, foi uma “conquista histórico-axiológica”<sup>73</sup>, cuja expressão jurídica é revelada pela teoria dos direitos fundamentais do homem.

Direitos fundamentais são os direitos humanos inscritos nos textos constitucionais, como bem explicita Canotilho: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. Francisco Amaral esclarece que, para o sistema jurídico brasileiro, “os direitos humanos propriamente ditos são direitos subjetivos que têm como objeto os valores essenciais da pessoa humana, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Inseridos no sistema de direito positivo, têm eficácia absoluta em face do Estado, dos indivíduos e dos grupos sociais, que os devem reconhecer e respeitar”<sup>74</sup>. Assim sendo, nota-se, conforme lição de José Antônio Peres Gediél, que:

“(…) o direito subjetivo e a liberdade imanentes ao homem apareciam não mais em seu sentido natural e unitário, mas fragmentados e vinculados a uma nova ordem jurídica socialmente estabelecida pelo contrato social. Essa ordem jurídica demarcava, também, uma esfera pública – terreno das liberdades dos sujeitos contra o Estado – e uma esfera privada – espaço da liberdade limitada pela lei, e que permitia a vinculação voluntária entre sujeitos de direito. A lei define a liberdade, tal como se encontra inscrito nos documentos calcados no pensamento jusnaturalista-contratualista”<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2003, p. 122-123.

<sup>73</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2003, p. 118.

<sup>74</sup> AMARAL, Francisco. *O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite*. In: *A moralidade dos atos científicos – questões emergentes dos comitês de ética em pesquisa*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999, p. 37.

<sup>75</sup> GEDIEL, José Antônio. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 17.

Ante o exposto, para os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais, econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar<sup>76</sup>.

Retornando ao ponto inicial, é possível verificar que a noção de que o ser humano é uma pessoa dotada de qualidades inerentes, essenciais e singulares é algo comum, hoje, em quase todas as sociedades e constituições, assim como o é a noção de direitos fundamentais. Mas, como se sabe, esta realidade nem sempre se apresentou com tais contornos, embora o direito moderno não explicita, claramente, a historicidade de sua formação. Portanto, a noção de dignidade humana não é inata, própria de todos os seres humanos, em todas as épocas e lugares, pois se trata de uma ideia elaborada e aprimorada, durante séculos, no âmbito do que se chamou de “Civilização Européia Ocidental Cristã”<sup>77</sup>.

Embora não se faça menção a ele, o princípio da dignidade da pessoa humana, ponto de partida para construção dos direitos fundamentais e da personalidade, figura como antecedente lógico das noções de pessoa, direito subjetivo e direitos da personalidade, cujo desenvolvimento, no campo do direito civil, assumiu feições diversas daquelas presentes na sua concepção pela filosofia política e seu aperfeiçoamento pelo Direito Constitucional.

De acordo com José Antônio Peres Gediél, para o pensamento liberal clássico, jamais a lei poderia restringir o direito subjetivo, em sentido amplo, enquanto liberdade básica, ou *prius* dos demais direitos reguláveis pelo Estado, sem atingir a dignidade humana, uma vez que nesse núcleo residia a liberdade fundamental do homem, que o habilitava ao exercício dos demais direitos.

Por detrás dessa concepção jus-política, vislumbra-se a desconfiança em relação ao poder, por isso, ao direito estatal deveriam ser impostos limites que esbarrassem na esfera privada do indivíduo. A parcela de liberdade alienada, no momento fundacional do Estado, poderia ser administrada, organizada, jamais reduzida, a ponto de atingir o núcleo

---

<sup>76</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra Ed., 1988, Tomo IV, p. 9-10.

<sup>77</sup> O relativismo desse postulado do direito moderno é veementemente apontado por Michel Miaille, na seguinte crítica: “a noção de sujeito de direito ou de pessoa jurídica é apresentada nas introduções ao direito de maneira mais natural: o que há de mais lógico, afinal, do que ser o homem o centro do mundo jurídico, e ser, pois, em primeiro lugar o dado básico do sistema de direito?” (MIALLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes, 1979, p. 107).

essencial, a fonte de todos os direitos, a liberdade básica individual, fundada na dignidade “natural” da pessoa humana.

A noção de dignidade da pessoa humana impulsionou os textos constitucionais a incorporarem, gradativamente, não só os direitos individuais, mas também os direitos sociais<sup>78</sup>. Na verdade, não há como se separar os direitos individuais e políticos dos direitos sociais e econômicos. Eles são indivisíveis, sendo esta a grande contribuição do moderno constitucionalismo. Portanto, o que ocorre, na verdade, é o surgimento de um novo conceito de indivíduo, que ultrapassa o conceito liberal. Surge, assim, um indivíduo portador de todos os direitos que possa permitir a sua completa integração à sociedade em que vive. É um indivíduo que não tem apenas o direito à sobrevivência, o direito à vida biológica, mas direito à vida com dignidade, com trabalho, justa remuneração. As garantias sócio-econômicas são meios de que o indivíduo deve dispor em uma sociedade em determinado momento histórico, para poder ser livre. Não há liberdade política sem democracia econômica e social. Esta é a propositura que faz o Estado democrático e social de direito, e é este o sentido da expressão “garantias sócio-econômicas de direitos individuais e políticos”<sup>79</sup>.

Por caminhos diversos, autores alemães e franceses se afastavam das origens jusnaturalistas e individualistas que fundaram o Direito contemporâneo para buscar soluções na lógica formal exigida pelo positivismo jurídico<sup>80</sup>.

Tais soluções, contudo, não serviam para embasar a tutela de situações em que se buscava, não apenas uma indenização, mas, sobretudo, a tutela integral da pessoa e dos direitos fundamentais da personalidade, de modo a impedir e censurar, no plano jurídico, a realização de atos que ferissem, ou diminuíssem, a dignidade humana.

---

<sup>78</sup> A doutrina estabelece essa distinção entre as diversas categorias de direitos do homem. (CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo. Ed. Acadêmica, 1993, p. 125.

<sup>79</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *As garantias dos direitos fundamentais*. Tuf. Leg. a. 31. n° 122, maio/jul., 1994, p. 44.

<sup>80</sup> Segundo Orlando Gomes: “Os códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão. Alguns desses direitos, protegidos constitucionalmente sob forma de liberdades, não tinham tutela completada pela organização de um sistema de defesa contra possíveis atentados particulares”. (GOMES, Orlando. *Código Civil: Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 17).

A busca da constitucionalização de direitos fundamentais, após a Segunda Guerra Mundial, expressava, novamente, a tentativa de criar uma cultura jurídica em que valores culturais possam frear os exageros fundados nos interesses individuais e coletivos. Isso se revela como uma tentativa de superar as idéias liberais sobre o homem e sua dignidade.

Essa perspectiva personalista (que busca recuperar o valor da pessoa), mas não egoísta, se faz presente na concepção dos professores José Lamartine Correa e Francisco Muniz:

“Ao defendermos uma noção personalista do Direito não estamos sustentando uma concepção individualista da sociedade, como ao analista desinformado e superficial poderia parecer. Conscientes de que só a noção substancial da pessoa confere sentido e dignidade ao Direito e de que só tal noção permite uma visão crítica e valorativa dos diferentes ordenamentos jurídicos, não enxergamos o ser humano de maneira abstrata, mas em sua inserção concreta na História e na sociedade. Em uma visão personalista, o ser humano não é visto como átomo isolado em face do Estado, nem em visão competitiva de ser contra o outro; mas como ser com o outro”<sup>81</sup>

Por tudo isso, é significativo que a Constituição Alemã, de 23 de maio de 1949, tenha proclamado, em seus artigos iniciais, a intenção de respeito absoluto aos direitos fundamentais, no âmbito público e privado, de modo que o homem possa desenvolver sua personalidade e conservar sua dignidade.

É significativo, também, que a Corte Federal de Justiça alemã, ao aplicar esses textos, tenha reconhecido a existência de um direito geral de personalidade, em sua amplitude máxima.

Outra consequência importante desse movimento constitucionalizante do pós-guerra, foi a de acentuar a proximidade entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

Do mesmo modo que na Alemanha, na Itália, a Constituição de 1947, inclui a proteção dos direitos da personalidade a partir de uma cláusula geral e de um direito geral da personalidade humana.

---

<sup>81</sup> LIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Estado de Direito e os direitos da personalidade*. São Paulo: RT, RT 532/11, fev. 198, p. 17.

Seguindo essa linha de elaboração constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus artigos 1º e 5º, também consagra tais direitos, nos mesmos moldes das Constituições italiana e alemã.

Seguiu-se ao movimento de constitucionalização dos direitos de personalidade, uma elaboração teórica no campo do Direito Civil, sobretudo continuando a superação do modelo alemão codificado, de modo a assegurar o respeito aos direitos da personalidade, não apenas pelo Estado.

De qualquer modo, há uma tendência de vinculação entre direitos da personalidade e os direitos do homem, ou direitos fundamentais, através de sua origem comum e de seus pressupostos e fundamentos<sup>82</sup>.

A exposição do caminho comum percorrido pelos direitos da personalidade e pelos direitos fundamentais, e das dificuldades de sua convivência no âmbito do direito privado de raiz civilista, constitui ponto importante para a abordagem de problemas atualmente enfrentados pelos juristas.

O caráter eminentemente subjetivo dos direitos fundamentais, entretanto, faz com que assumam uma dupla dimensão ou uma dupla função.

Para Canotilho, a natureza dos direitos fundamentais insere-se numa dimensão subjetiva, correspondendo no plano jurídico estrutural a um direito subjetivo, tal como os direitos da personalidade<sup>83</sup>.

Do mesmo modo, Jorge Miranda aponta “largas zonas de coincidências entre direitos subjetivos e direitos da personalidade”, acrescentando, contudo, que não se confundem, mas admitindo que “com algum exagero, de certo, chegamos a escrever: os direitos fundamentais são direitos da personalidade no Direito Público, os direitos de personalidade os direitos fundamentais no Direito Privado”<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> “Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos direitos fundamentais são direitos de personalidade (...) e, contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral da personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 532).

<sup>83</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional*. Policopiado. Faculdade de Direito de Lisboa, p. 34-35.

<sup>83</sup> CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica, seu Sentido e Limites*. Coimbra: Centelha, 2 ed, 1981, p. 54.

<sup>83</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, p. 19.

<sup>84</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional*. Policopiado. Faculdade de Direito de Lisboa, p. 34-35.

Assim, é necessário verificar as relações dessas duas categorias normativas, em termos de complementariedade, para que se possa obter a sua real dimensão. Vale dizer, o problema da eficácia dos direitos da personalidade não se esgota no exame de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, do mesmo modo que o exame dos direitos fundamentais não se exaure com a simples análise da eficácia dos princípios e preceitos que os acolhem nas Constituições.

Por outro lado, a inscrição desses direitos nas constituições e nas declarações revela uma tendência a sua universalização, não mais nos termos abstratos do jusnaturalismo clássico, mas como noção culturalmente aceita e dotada de plasticidade concreta. Esse é o espírito que permeia a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>85</sup>; o Código de Nuremberg, de 1947<sup>86</sup>; a Declaração de Helsinque, de 1964<sup>87</sup>; e a Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos, de 1997<sup>88</sup>.

Nas palavras de José Antônio Peres Gediél:

“O conceito central de dignidade humana interfere, também, nas relações entre as normas jurídicas nacionais e internacionais, pois, no caso de conflito entre essas duas categorias normativas, a interpretação adotada deverá ser, sempre, a mais favorável à proteção de direitos fundamentais assegurados. A definição do conteúdo material dos direitos fundamentais da personalidade exige, como se vê, a formulação de uma teoria unitária, que postula a existência de um ‘direito geral da personalidade’, bem como sua relação com os direitos fundamentais. Ambos devem ancorar-se na

---

<sup>85</sup> Em 10 de dezembro de 1948, em Paris, foi adotada e proclamada, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instrumento considerado marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da tutela universal dos direitos humanos, que visa a proteção de todos os seres humanos, independente de quaisquer outras condições.

<sup>86</sup> “O Código de Nuremberg, datado de 1947, ultrapassou seu caráter deontológico e recuperou para o Direito ocidental contemporâneo a importância do princípio da autonomia do sujeito, ao estabelecer que médicos e cientistas têm o dever de obter prévio consentimento dos pacientes e indivíduos pesquisados, para poder realizar qualquer intervenção no corpo humano, ética e moralmente legitimada”. (GEDIÉL, José Antônio Peres. *Autonomia do sujeito e biopoder*. In: *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 327).

<sup>87</sup> Adotada pela 18ª Assembléia Médica Mundial, Helsinque, Finlândia, em junho de 1964, a Declaração de Helsinque tem o objetivo de orientar os médicos quanto às pesquisas biomédicas que envolvam seres humanos.

<sup>88</sup> A Declaração Universal sobre Genoma e Direitos Humanos, aprovada na 29ª Conferência Geral da UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), em 11 de novembro de 1997, dispõe que o genoma humano, conforme o seu artigo 1º, “constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade”.

dignidade humana, para suprir a necessidade de tutela integral do sujeito, para além de sua compartimentalização, e de seu reconhecimento pelas normas de origem estatal”<sup>89</sup>.

Por fim, a partir dessa explanação, salienta Ingo W. Sarlet que, “à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, (...) verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa”<sup>90</sup>.

Dessa maneira, de acordo com a visão de José Antônio Peres Gediel, “na vigência deste recente pacto político, a liberdade de exercício econômico calcada na autonomia individual produz efeitos sociais perturbadores para o desenvolvimento da autonomia pública dos cidadãos”. Prossegue o Autor dizendo que “É, justamente, no interior dessa tensão que vão se instalar vários conflitos, que trazem a marca da liberdade econômica dos indivíduos e decorrem do comércio de drogas e técnicas destinadas a reduzir ou prolongar a vida, ou garantir a saúde dos cidadãos”.

Para melhor compreender a relação entre tecnociência e mercado, bem como para uma reflexão acerca do ingresso da vida no domínio da política, é preciso buscar elementos teóricos em outros campos do saber.

## **Capítulo II – O Conflito dos Direitos Fundamentais com o Indivíduo**

### **2.1 – Biopolítica**

O conceito de “biopolítica” foi esboçado por Michel Foucault e apareceu, primeiramente, em uma conferência sobre “O nascimento da medicina social”<sup>91</sup>, proferida em 1974, no Rio de Janeiro. Segundo o intelectual francês, “Para a sociedade capitalista, é o biopolítico que importava antes de tudo, o biológico, o somático, o corporal. O corpo é

---

<sup>89</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 49.

<sup>90</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 44.

<sup>91</sup> Conferência publicada na obra *Microfísica do Poder* (FOUCAULT, Michael. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979).

uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica”<sup>92</sup>. Peter Pál Pelbart assim esclarece a proposta de Foucault: “o capitalismo não teria acarretado, como se poderia pensar, uma privatização da medicina, mas ao contrário, uma socialização do corpo”<sup>93</sup>.

No ano de 1976, com a obra “História da Sexualidade I: a vontade de saber”<sup>94</sup>, especificamente no capítulo sobre “Direito de morte e poder sobre a vida”<sup>95</sup>, Foucault situará a biopolítica dentro de uma estratégia mais ampla denominada de “biopoder”. O biopoder diferencia-se do tradicional poder de soberania, em especial, por conta da relação distinta que entretém, cada um deles, com a vida e a morte, pois enquanto o poder soberano “faz morrer ou deixa viver”, o biopoder “faz viver e deixa morrer”. ou seja, são diferentes lógicas e concepções de morte, vida e corpo.

Jean-Jacques Rousseau, na obra “Do Contrato Social”, dedica, no Livro II, um capítulo acerca do “Direito de Vida e de Morte”, em que desenvolve a resposta para a seguinte pergunta: “não tendo os particulares direito de dispor da sua própria vida, como podem transmitir ao soberano esse direito que não têm?”<sup>96</sup>. A solução apontada por Rousseau é a seguinte:

“O fim do tratado social é a conservação dos contratantes: quem quer o fim quer também os meios, que são inseparáveis de alguns riscos e até de algumas perdas. Quem quer conservar a vida à custa dos outros deve também dá-la quando for preciso; o cidadão já não é juiz do penço a que a lei o quis expor e, quando o príncipe lhe diz: *convém ao Estado que morras*, ele deve morrer, pois só com essa condição viveu até então em segurança, e a sua vida já não é so um benefício da natureza, senão um dom condicional do Estado”<sup>97</sup>.

Tal explicação carrega consigo o direito de espada pertencente ao soberano, aquele direito de fazer morrer e deixar viver, sobre o qual discorreu Foucault.

---

<sup>92</sup> FOUCAULT, M. *La naissance de la médecine sociale*. In: *Dits et écrits*, v. III, 1994. Paris. Gallimard, p. 211.

<sup>93</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003. p. 55.

<sup>94</sup> FOUCAULT, Michael. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

<sup>95</sup> Tais idéias constam, também, das aulas ministradas por Foucault no Collège de France, em março de 1976, depois publicadas como *Em defesa da sociedade*. (FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.).

<sup>96</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 45.

<sup>97</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 46.

Mas, no séc. XIX, outro poder irá, também, perpassar a vida e dela tomar posse, submetendo-a, então, à lógica do fazer viver e deixar morrer. Dentro desse contexto biopolítico, há uma implicação crescente da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos de poder”. Nas palavras de Foucault: “uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu (...) em completar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer”<sup>98</sup>. Essa transformação não se deu repentinamente, e Foucault a problematiza da seguinte maneira:

“Vocês já vêem, nos juristas do século XVII e sobretudo do século XVIII, formulada essa questão a propósito do direito de vida e de morte. Quando os juristas dizem: quando se contrata, no plano do contrato social, ou seja, quando os indivíduos se reúnem para constituir um soberano, para delegar a um soberano um poder absoluto sobre eles, por que o fazem? Eles o fazem porque estão premidos pelo perigo ou pela necessidade. Eles o fazem, por conseguinte, para proteger a vida. É para poder viver que constituem um soberano. E, nesta medida, a vida pode efetivamente entrar nos direitos do soberano? Não é a vida que é fundadora do direito do soberano? E não pode o soberano reclamar efetivamente de seus súditos o direito de exercer sobre eles o poder de vida e de morte, ou seja, pura e simplesmente, o poder de matá-los? Não deve a vida ficar fora do contrato, na medida em que ela é que foi o motivo primordial, inicial e fundamental do contrato?”<sup>99</sup>.

As perguntas formuladas por Foucault são tratadas não no plano da filosofia política, mas no nível das tecnologias de poder. O interessante é perceber como já nos séculos XVII e XVIII surgem técnicas de poder essencialmente centradas no corpo individual. Foucault destacou os procedimentos de “tecnologia disciplinar do trabalho”, orientados e dirigidos ao “homem-corpo”, com o objetivo de treinar os organismos para a vida na sociedade industrial, e aqueles dirigidos ao “homem ser vivo”, ao “homem-espécie”, que tratam “de um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população etc. São esses processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que, justamente na segunda metade do século XVIII, juntamente com uma porção de problemas econômicos e políticos (os quais não

---

<sup>98</sup> FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.

<sup>99</sup> FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287-288.

retomo agora) constituíram, acho eu, os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica”<sup>100</sup>.

Foucault identifica, ainda, que “Aquém, portanto, do grande poder absoluto, dramático, sombrio que era o poder da soberania, e que consistia em poder de fazer morrer, eis que aparece agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a ‘população’ enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de ‘fazer viver’”<sup>101</sup>.

Nessa linha de raciocínio, o biopoder é, cada vez mais, uma estratégia de poder traduzida como o “direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no ‘como’ da vida, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências”<sup>102</sup>.

Assim sendo, Foucault ressalta que o aparecimento do biopoder no contexto da “desqualificação progressiva da morte” tem o seguinte sentido:

“(…) a morte, como termo da vida, é evidentemente o termo, o limite, a extremidade do poder. Ela está do lado de fora, em relação ao poder: é o que cai fora de seu domínio, e sobre o que o poder só terá domínio de modo geral, global, estatístico. Isso sobre o que o poder tem domínio não é a morte, é a mortalidade. E, nessa medida, é normal que a morte, agora, passe para o âmbito do privado e do que há de mais privado. Enquanto, no direito de soberania, a morte era o ponto em que mais brilhava, da forma mais manifesta, o absoluto poder do soberano, agora a morte vai ser, ao contrário, o momento em que o indivíduo escapa a qualquer poder, volta a si mesmo e se ensimesma, de certo modo, em sua parte mais privada. O poder já não conhece a morte. No sentido estrito, o poder deixa a morte de lado”<sup>103</sup>.

Peter Pál Pelbart concebe a emergência do biopoder como passagem da lógica da soberania para a lógica biológica, o que permitiu, em nome de um discurso em defesa da vida, o exercício de um poder de morte:

“Já na época clássica, o poder deixa de basear-se predominantemente na retirada e na apropriação, para funcionar na base da incitação, do reforço, do controle, da vigilância, visando, em suma, a

---

<sup>100</sup> FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 289-290.

<sup>101</sup> FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 294.

<sup>102</sup> FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 294.

<sup>103</sup> FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 295-296.

otimização das forças que ele submete. Como diz Foucault, nesse novo regime o poder é destinado a produzir forças e as fazer crescer e ordená-las, mais do que a barrá-las ou destruí-las. Gerir a vida, mais do que exigir a morte. E quando exige a morte, é em nome da defesa da vida que ele se encarregou de administrar. Curiosamente, é quando mais se fala em defesa da vida que ocorrem as guerras mais abomináveis e genocidas – o poder de morte se dá como um complemento de um poder que se exerce sobre a vida de maneira positiva. (...) Os poderes levam suas guerras como gestoras da vida e da sobrevivência, dos corpos e da raça. É o discurso da vida, da sobrevivência, da sobrevivência: poder matar para poder viver, princípio alçado a estratégia de Estado. Se antes tratava-se de defender a soberania de um Estado (lógica da soberania) trata-se agora de garantir a sobrevivência de uma população (lógica biológica).<sup>104</sup>.

Tal constatação parece ser coerente com a análise de Foucault, para quem “As guerras já não se travam em nome do soberano a ser defendido; travam-se em nome da existência de todos; populações inteiras são levadas à destruição mútua em nome da necessidade de viver. Os massacres se tornaram vitais”<sup>105</sup>.

Foucault inseriu, portanto, a biopolítica no cerne de uma relação problemática entre vida e história. Aliás, a vida teria ingressado não apenas na história, mas também na ordem do saber, do poder e no domínio da política, pois a espécie veio a ser a grande variável nas estratégias políticas. Como ressaltou Peter Pál Pelbart, “Se desde Aristóteles, diz ainda Foucault, numa fase retomada com insistências por seus intérpretes, e revirada por Agamben, o homem era um animal vivente capaz de uma existência política, agora é o animal em cuja política o que está em jogo é o caráter de ser vivente”<sup>106</sup>.

É a partir desse quadro geral da biopolítica e do biopoder, que Foucault renova a reflexão sobre o racismo. Isso não quer dizer que o racismo, para Foucault, tenha sido inventado dentro desse contexto, mas sim que a emergência do biopoder guarda uma relação com o momento em que o racismo passou a ser introduzido como mecanismo fundamental do poder exercido nos Estados modernos. São características da análise foucaultiana acerca do racismo: o racismo seria um meio de introduzir nesse domínio da vida um corte entre o que deve viver e o que deve morrer (isso ocorre por conta da inserção, no contínuo biológico da espécie humana, da fragmentação da população em

---

<sup>104</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 56-57.

<sup>105</sup> FOUCAULT, Michael. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 179.

<sup>106</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 58.

raças distintas, umas boas, outras inferiores); o racismo opera conforme a lógica da injunção guerreira: “para viver, é preciso que você massacre seus inimigos”, para viver é preciso fazer morrer (a morte do outro, da raça ruim, inferior, deixaria a vida em geral mais sadia e pura); trata-se de eliminar, não apenas os inimigos, mas os perigos, em relação à população e para a população<sup>107</sup>. Assim trata Foucault da relação entre biopoder e racismo:

“(…) o racismo vai permitir estabelecer, entre a minha vida e a morte do outro, uma relação que não é uma relação militar e guerreira de enfrentamento, mas uma relação do tipo biológico: ‘quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar’. A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura. Portanto, relação não militar, guerreira ou política, mas relação biológica. (...) Em outras palavras, tirar a vida, o imperativo da morte, só é admissível, no sistema de biopoder, se tende não à vitória sobre os adversários políticos, mas à eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento, diretamente ligado a essa eliminação, da própria espécie ou da raça. (...) A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo”<sup>108</sup>.

Na visão de Peter Pál Pelbart, uma das lições políticas que poderiam ser extraídas do pensamento de Foucault é que,

“Contra esse poder ainda novo no séc. XIX, (...) as forças que resistem se apóiam sobre aquilo mesmo que ele investe – isto é, sobre a vida e o homem enquanto ser vivo. (...) desde então as lutas não se fazem mais em nome dos antigos direitos, mas em nome da vida, suas necessidades fundamentais, a realização de suas virtualidades etc. Se a vida foi tomada pelo poder como objeto político, ela também foi revirada contra o sistema que tomou seu controle. ‘É a vida muito mais que o direito que se tornou o verdadeiro campo das lutas políticas, mesmo se estas se formulam através das afirmações de direito’. O direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação de todas as necessidades, é a réplica política aos novos procedimentos de poder, tão diferentes do direito tradicional de soberania”<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 59.

<sup>108</sup> FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

## 2.2 – Eugenia

A expressão “eugenia”<sup>110</sup> foi cunhada por Francis Galton (1822-1911), que, curiosamente, era primo de Charles Darwin.

Galton buscou aludir a um novo campo do conhecimento científico, que “*trata de todas las influencias que mejoran las cualidades innatas de una raza; también trata de aquellas que la pueden desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad*”<sup>111</sup>.

As idéias de Galton são, em realidade, verdadeiro reflexo da ideologia propalada pelos “eugenistas vitorianos”, para quem “as boas práticas de melhoramento” consistiam em “incentivar os melhores a se reproduzirem mais”<sup>112</sup>. Tal visão considera a “capacidade natural” e o “talento” dos indivíduos como características hereditárias, o que levou Galton a afirmar: “de cada 100 filhos varões de homens que se distinguem nas profissões liberais, constata-se que nada menos de 80 rivalizam com o pai em sua eminência”<sup>113</sup>. Nessa época, era costume, inclusive, premiar as famílias de notável aptidão na seara da reprodução adicional<sup>114</sup>.

Além das formas ditas “positivas” de eugenia, foram concebidas, também pelos vitorianos, formas “negativas” de eugenia, “nas quais os inaptos, os enfermos e os criminosos deveriam ser perpetuamente aprisionados, esterilizados ou mortos, para evitar que contribuíssem mais para a herança da espécie”<sup>115</sup>. Esse projeto viria a ser, mais tarde, implementado de uma maneira inimaginável por Galton, revelando o que Michael Rose denominou de “aspecto demoníaco do espectro de Darwin”<sup>116</sup>, por conta de sua ambição “prometéica”<sup>117</sup> de conduzir a evolução da humanidade.

---

<sup>109</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 59.

<sup>110</sup> A palavra deriva de termo grego, cujo significado é “de boa cepa”.

<sup>111</sup> GALTON, F. *Herencia y Eugenesia*. Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 163.

<sup>112</sup> ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 159.

<sup>113</sup> ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 160.

<sup>114</sup> ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 161.

<sup>115</sup> ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 161.

<sup>116</sup> O livro *O espectro de Darwin* trata de duas teorias do comportamento humano. A da *psicologia evolucionista*, que “se baseia na idéia de que ele evolui em termos de situações muito específicas de seleção, gerando atos que podem ser compreendidos com base na nova teoria evolucionista. Segundo esse tipo de modelo, somos animais dotados de padrões de comportamentos mais complexos que o dos outros animais. No entanto, estes continuam a ser, essencialmente, padrões de comportamento animal, moldados pelos mesmos imperativos darwinistas, tanto nos seres humanos, quanto nas outras espécies”. E a do *darwinismo imanente*, para a qual “o comportamento humano evoluiu e se tornou aberto e indeterminado, não apresentando mais do que reflexos muito gerais de sua base darwiniana e, em muitos casos, nem sequer isso. (...) Esse segundo tipo de teoria prevê a ausência global de comportamentos humanos geneticamente determinados e sua substituição

Para o senso comum da medicina contemporânea, a idéia de eugenia está vinculada à possibilidade de seleção de genes para a melhoria da espécie humana. Tal visão, porém, só foi possível a partir de Mendel, que permitiu a fundamentação do discurso acerca da eugenia com base na genética e no darwinismo.

A “redescoberta das leis de Mendel”<sup>115</sup> permitiu a passagem de um manuseio desajeitado das questões acerca da hereditariedade, deixadas por Darwin e Galton, para um trabalho tecnicamente preciso dos primeiros eugenistas, com destaque para os botânicos. Essa substituição tornou plausível a idéia de criar uma “eugenia poderosa, capaz de direcionar a futura autocriação do homem”<sup>119</sup>.

Cabe ressaltar, como aponta Natália Oliva Teles<sup>120</sup>, que os adjetivos “eugênico” e “eugenismo” possuem diferentes sentidos.

Assim, eugênico deveria ser utilizado para qualificar uma atividade teórico-científica que se limitaria a selecionar aspectos biológicos da espécie, com vistas à superação de moléstias hereditárias. Dessa forma, procura ensinar Leonardo Lenti (ao tratar do assunto “engenharia genética”): “consiste, em outras palavras, em inserir, no genoma, um gene ausente cuja falta é considerada responsável por uma determinada anomalia ou moléstia; ou na substituição por um gene isolado que desempenhe uma função análoga a um gene que, embora presente no genoma, tenha um defeito considerável responsável por uma determinada anomalia ou moléstia”<sup>121</sup>.

Por outro lado, eugenismo corresponderia à má utilização das técnicas eugênicas, o que poderia acarretar projetos orientados por outras características, para além das meramente biológicas, com vistas a uma política de melhoria da espécie humana.

---

por um processo renovado de cálculos cerebrais, centrado na aptidão darwiniana”. (ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 176).

<sup>117</sup> O mito de Prometeu, “titã que forneceu aos homens o fogo – e, através dele, a tecnologia – obtendo o mais severo castigo dos deuses”, serve, de acordo com Paula Sibília, para denunciar a “arrogância da humanidade, em sua tentativa de usurpar as prerrogativas divinas por meio de artimanhas e saberes terrenos”. (SIBILIA, P. *O homem pós-orgânico*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 43).

<sup>118</sup> “A genética é um produto do séc. XX porque, apesar de os resultados dos trabalhos de Mendel, o pai da genética, terem sido apresentados em 1865 e publicados em 1866, eles não exerceram qualquer influência sobre o pensamento científico de seus contemporâneos. Os biólogos somente dedicaram a sua atenção aos trabalhos de Mendel a partir de 1900”. (BEIGUELMAN, Bernardo. *Genética e ética*. In: *Ciência e Cultura* nº 42. Rio de Janeiro: SBPC, janeiro de 1990, p. 68, nota 1).

<sup>119</sup> ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 161.

<sup>120</sup> TELES, Natália Oliva. *Questões Éticas do Diagnóstico Genético Pré-implantação*. In: *Genoma e Dignidade Humana*. Rui Nunes, Helena Melo, Cristina Nunes (orgs.). Coimbra: Gráfica de Coimbra, outubro de 2002, p.86.

Independentemente da distinção entre os termos eugênico e eugenismo, para Bernardo Beiguelman, quando se faz uma revisão sobre o efeito da genética sobre os seres humanos, a história revela uma “coleção de perversidades incontáveis<sup>122</sup>”, que, num passado recente, terminaram por eliminar, sistematicamente, milhões de vidas inocentes.

Assim, durante a primeira metade do século XX, percebe-se que houve grande influência do discurso eugenista nos Estados Unidos da América, tendo sido prática comum a esterilização de indivíduos considerados “débeis mentais”. Somente no ano de 1961, ocorreram mais de 60 mil cirurgias desse tipo, sendo que, em determinados estados americanos, as leis que previam tal esterilização só deixariam de vigorar por volta de 1990<sup>123</sup>.

Países nórdicos também adotaram medidas para suprimir pessoas de “baixa qualidade”, como narra Francesca Puigpelat:

*“Em Dinamarca se promulgaron leyes sobre esterilización em 1929. em Suecia y Noruega em 1934. Recientemente la sociedad sueca quedó sorprendida al saber que miles de personas, de las 62.888 que habían sido esterilizadas em el país durante las campañas de esterilización entre los años 1935 y 1975, lo fueron em contra de su voluntad. Em 1995 se há acordado conceder uma indemnización a los afectados. (...) En la Alemania nacionalsocialista se esterilizó por motivos eugenésicos a um número de personas diez veces superior al de Estados Unidos entre 1907 y 1945”<sup>124</sup>.*

Para a jurista, a lei alemã de 14 de julho de 1933, para a prevenção de enfermidades hereditárias, e o programa de eutanásia de 1 de setembro de 1939<sup>125</sup> são os exemplos que refletem, da maneira mais contundente, uma opção pelo movimento eugenista. Na Alemanha, vários cientistas de renome, que vieram a ser chamados de “eugenistas”, acreditavam ser seu dever “impedir a proliferação de indivíduos de raças que

---

<sup>121</sup> LENTI, Leonardo. *La procreazione artificiale*. Padova, 1995, p. 25.

<sup>122</sup> BEIGUELMAN, Bernardo. *Genética e ética*. In: *Ciência e Cultura* nº 42. Rio de Janeiro: SBPC, janeiro de 1990, p. 61.

<sup>123</sup> ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 164.

<sup>124</sup> PUIGPELAT, F. *El movimiento eugenésico de principios de siglo*. In: *La eugenesia hoy*. Carlos María Romeo Casabona (org.). Bilbao-Granada: Fundacion BBV, Comares Granada, 1999, p. 65.

<sup>125</sup> PUIGPELAT, F. *El movimiento eugenésico de principios de siglo*. In: *La eugenesia hoy*. Carlos María Romeo Casabona (org.). Bilbao-Granada: Fundacion BBV, Comares Granada, 1999, p. 65.

consideravam inferiores e de pessoas de seu próprio grupo racial que eles consideravam deficientes, para, segundo eles, evitar a destruição da cultura européia”.

Essas idéias de “pureza” e “higiene” raciais, defendidas por eugenistas alemães como Wilhem Schallmeyer e Alfred Ploetz, se serviram do discurso em torno da eugenia para conseguir credibilidade científica. Dessa forma, ainda que o darwinismo não possa ser considerado o gerador do movimento eugenista, parece ter funcionado como um catalisador para a consecução das propostas de Adolf Hitler. Diz Michael Rose que “a edição de 1937 do manual da Juventude Hitlerista estava repleta da teoria e da genética darwinianas, tendo sido essa ciência tomada como uma justificativa para o extermínio dos judeus”<sup>126</sup>. Como esclarece Michael Rose, o racismo, visto a partir de Darwin, está assentado na seguinte problemática:

“A idéia de que existem raças humanas, cada qual com seus próprios ancestrais e com um destino comum, levou muitos biólogos e praticamente todas as outras pessoas à idéia de que a evolução humana estava ligada a uma competição entre as raças. (...) Somava-se a isso a idéia de uma competição na qual as raças superiores venceriam – e, possivelmente, eliminariam – as demais. E essa visão da história foi adornada com a idéia de que essa era uma situação boa, aliás providencial, e de que a vitória da(s) raça(s) superior(es) deveria ser vista como um resultado apropriado da história”<sup>127</sup>.

Percebe-se, assim, como a idéia de Darwin sobre seleção natural e sobrevivência dos mais capazes ignora completamente a peculiaridade da espécie humana e das influências sociais, além de fazer com que a noção de raça seja utilizada para, grosseiramente, justificar a diferença de tratamento de povos dominados pelo colonialismo, ainda que tal conceito não seja central para o pensamento evolucionista.

Relata Michael Rose que os nazistas chegaram a criar um sistema de Tribunais de Saúde Genética, para os quais os médicos deveriam informar casos de imperfeições genéticas. Esse aparato serviu para praticar a “eugenia médica”:

---

<sup>126</sup> ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 165.

<sup>127</sup> Galton aceitou o conceito de raças superiores e inferiores, buscando, inclusive, comprovar que os negros e os aborígenes australianos seriam exemplos de inferioridade. (ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 166-167).

“Os nazistas trataram de esterilizar e praticar eutanásia naqueles a quem consideravam inaptos. Suas vítimas incluíram portadores de deformidades, esquizofrênicos, retardados mentais, epiléticos e doentes mentais institucionalizados, em geral. As crianças consideradas deficientes eram mortas por falta de cuidados, superdoses de morfina ou envenenamento por cianureto, em geral sem o conhecimento dos pais, que eram informados de que seus filhos haviam morrido durante o tratamento médico. (...) Os ciganos foram mandados para os campos para serem aniquilados. Depois vieram os judeus”<sup>128</sup>.

Atualmente, entretanto, a idéia de existência de uma “raça” que seja superior às “outras” é, absolutamente, impensável. Para Michael Rose, “As chamadas raças humanas são flagrantemente absurdas. Ao nível molecular, não há nenhum modo legítimo de dividir a espécie”<sup>129</sup>.

Hoje em dia, ao se falar em novas formas de eugenia, é preciso compreender, de um lado, que a atividade técnico-científica dispõe de novos e mais eficazes instrumentos ou meios de intervenção. Por outro lado, significa entender que a utilização dessas técnicas como forma de controle social, também utiliza outros fundamentos ideológicos, que irão se refletir, sobretudo, na regulação jurídica das relações sociais envolvendo a genética humana.

Por isso mesmo, após a Segunda Guerra Mundial e com a aprovação do Código de Nuremberg de 1947, o que efetivamente se altera é a fundamentação e o instrumental jurídico sobre os quais vai atuar a ideologia eugenista contemporânea.

Ao revalorizar a autonomia do sujeito sobre seu o corpo através do consentimento informado, essa matriz ético-jurídica desloca para o próprio sujeito o centro de decisões de interesses políticos, econômicos e sociais sobre o biológico.

Com isso, as investidas eugenistas atuais também se dirigem, em primeiro plano, a acenar com a possibilidade de um futuro melhor para a humanidade, a partir da utilização das técnicas eugênicas, voltadas ao descarte de aspectos indesejáveis socialmente, decorrentes da “má” herança genética.

Por outro lado, há, ainda, uma tendência a se afirmar que os critérios para distinguir o que é “normal” são decorrentes da própria sociedade, ou seja, são valores aceitos pela comunidade e nela vigentes.

---

<sup>128</sup> ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 169.

Partindo desses discursos, compreende-se como é possível que os sujeitos, detentores de poderes jurídicos sobre seu corpo, orientem sua reprodução em conformidade com as qualidades sócio-biológicas desejáveis, sem que se lance mão dos anteriores métodos de coação estatal.

A autonomia corporal e o consentimento informado servem, nessa perspectiva, também para a dominação política por meio do corpo, sem a necessidade de violência. Isso porque, diante das novas técnicas disponíveis no mercado, cria-se a sensação de que houve uma expansão de poderes e direitos a serviço do sujeito, que ingressa no comércio biotecnológico também como fonte de mercadorias: espermatozoides, sangue, medula etc.

Nesse momento de indefinições, qualquer solução jurídica pode ser aprisionada pelo eugenismo, seja para reconduzir toda a humanidade a uma cepa comum, seja para permitir que os mais capazes da espécie, livremente, decidam o futuro de seus descendentes.

Peter Sloterdijk reconhece que “as próximas grandes etapas do gênero humano serão períodos de decisão política quanto à espécie”<sup>130</sup>, afirmando, também, que, na era da técnica e antropotécnica, “(...) será uma opção pela inocência recusar-se explicitamente a exercer o poder de seleção que de fato se obteve”<sup>131</sup>.

Ao buscar uma “autocompreensão ética da espécie”, Habermas pontua que é preciso distinguir, claramente, entre os tipos autoritário e liberal de eugenia. De acordo com a opinião do filósofo alemão, “nas sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos por interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixariam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais e, de modo geral, aos desejos anárquicos dos fregueses e clientes”<sup>132</sup>.

Perplexo diante dessa perspectiva, Edelman considera que o Direito não pode esperar nada do humanismo<sup>133</sup>, pois a evolução causada pela tecnociência se encarregou de descartá-lo. Laymert Garcia dos Santos assim explica o pensamento de Edelman:

---

<sup>29</sup> ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 167.

<sup>30</sup> SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano*. São Paulo: Estação da Liberdade, 2000, p. 46.

<sup>31</sup> SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano*. São Paulo: Estação da Liberdade, 2000, p. 45.

<sup>32</sup> HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 65.

<sup>33</sup> Michel Foucault e Peter Sloterdijk também são críticos ferrenhos do humanismo.

“(…) o humanismo do séc. XIX foi uma tentativa de coabitação da filosofia com a ciência na qual pretendia-se, por um lado, proteger a essência do homem, isto é, sua humanidade, e por outro conceber essa essência do ponto de vista científico. O tempo, entretanto, encarregou-se de mostrar que isso era uma ilusão, na medida em que a ciência colocou o humanismo a seu serviço para a consecução de seu próprio fim, que nada tinha de humanista. Como isso se deu? Edelman estima que isso ocorreu através da “loucura” do direito subjetivo”<sup>134</sup>.

Para Edelman, o direito subjetivo, tradicionalmente

“(…) é a expressão do poder reconhecido pelo Direito ou pelo Estado ao indivíduo. No sistema dos Direitos Humanos, o sujeito de direito ocupa o centro, do mesmo modo que o homem, antes de Copérnico, ocupava o centro do universo. Por isso, o sujeito é, ao mesmo tempo, o fim do direito e sua origem. O fim do direito, na medida em que tudo converge para ele, sua origem, na medida em que, sem o reconhecimento de sua existência, o direito não teria mais objeto. Isso significa que, no sujeito, o direito exprime sua essência, e em sua defesa reconhece-se a maior ou menor democracia de um dado sistema social. Esse é o espírito que anima a Declaração dos direitos do homem e do cidadão”<sup>135</sup>.

Laymert Garcia dos Santos diz que no texto da própria Declaração, “essa centralidade absoluta do sujeito era relativizada... pela liberdade reconhecida aos outros sujeitos. Assim, além do postulado de um sujeito todo-poderoso, a sociedade dos direitos humanos também postulava o reconhecimento de um outro todo-poderoso. O conceito de limite era, portanto, subsumido pelo conceito de reconhecimento”<sup>136</sup>. Assim sendo, para Edelman “o sistema de direitos humanos teria resolvido o conflito entre o individualismo indomado e o direito, já que esse individualismo não repousa sobre uma *restrição legal* dos impulsos, mas sim de uma *limitação* desses impulsos através do reconhecimento dos de outrem”<sup>137</sup>. Entretanto, pontua Edelman que, atualmente, esse “equilíbrio” desapareceu:

“Não só o sujeito aumentou sua potência, porque a ciência lhe forneceu os meios, como também o outro não exerce mais o papel de fronteira ou de limites. Tudo se passa como se o direito subjetivo

---

<sup>134</sup> SANTOS, Laymert Garcia dos. *Politizar as novas tecnologias*. São Paulo: 34, p. 241.

<sup>135</sup> EDELMAN, Bernard. *Critique de l'humanisme juridique*. In: *L'Homme, la Nature et le Droit*. Paris: Christian Bourgois Ed, 1988, p. 287.

<sup>136</sup> SANTOS, Laymert Garcia dos. *Politizar as novas tecnologias*. São Paulo: 34, p. 241.

<sup>137</sup> EDELMAN, Bernard. *Critique de l'humanisme juridique*. In: *L'Homme, la Nature et le Droit*. Paris: Christian Bourgois Ed, 1988, p. 297.

tivesse perdido seus contornos, e sua selvageria originária pudesse, então, manifestar-se livremente; tudo se passa como se estivéssemos diante de um sujeito ‘desenfreado’ [...] A destruição da idéia de natureza natural acarretou um desenvolvimento extraordinário dos direitos subjetivos. Como a natureza não exercia mais o papel de limite, o sujeito pôde se expandir no artifício de uma onipotência absoluta. De modo correlato, a supressão do outro como limite produz uma liberação do mesmo tipo na ordem social. [...] o liberalismo, em sua forma absoluta, funda-se num tal narcisismo, e por sua vez permite sua expansão. Quando um sistema funda-se sobre desejos ilimitados – ir à lua, reproduzir-se de modo idêntico, escapar das dores da maternidade, escapar da angústia, ‘enxertar’ seu cérebro num computador...- e instaura um mercado desses desejos, o liberalismo que o inspira é ao mesmo tempo ‘amoral’ e estimulador daquilo mesmo que o nutre”<sup>138</sup>.

Laymert Garcia dos Santos assevera que “Desabrido, desenfreado, o direito subjetivo acaba se voltando contra a própria humanidade do homem, na medida em que concede ao sujeito, no campo da tecnociência, a possibilidade de tornar-se sujeito absoluto”<sup>139</sup>.

Verifica-se, dessa maneira, como a eugenia liberal, que, segundo Habermas, “não reconhece um limite entre intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento, mas deixa às preferências individuais dos integrantes do mercado a escolha dos objetivos relativos a intervenções que alteram características”, está apoiada na “loucura do direito subjetivo”.

Diante desse contexto, cabe ressaltar a análise de José Antônio Peres Gediél, a partir de um diálogo com o pensamento de Michel Foucault:

“A natureza biopolítica do poder que estrutura o biopoder se ajusta, perfeitamente, às atuais necessidades do mercado e, sobretudo, ao setor que produz e regula o acesso às novas tecnologias da saúde. Neste aspecto particular da economia de mercado, o exercício do biopoder se torna mais evidente, porque a produção para o mercado vai sugerir e estimular o consumo de novas necessidades vitais. Em outras palavras, o mercado e a propaganda induzem e tendem a reduzir o sujeito a uma posição de consumidor de novas mercadorias destinadas à manutenção e extensão dos limites biológicos da vida, acabam produzindo subjetividades decorrentes das técnicas de controle que compõem o biopoder”<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> EDELMAN, Bernard. *Critique de l'humanisme juridique*. In: L'Homme, la Nature et le Droit. Paris: Christian Bourgois Ed, 1988, p. 297-298.

<sup>139</sup> SANTOS, Laymert Garcia dos. *Politizar as novas tecnologias*. São Paulo: 34, p. 241.

<sup>140</sup> GEDIÉL, José Antônio Peres. *Autonomia do sujeito e biopoder*. In: Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea. Carmem Lúcia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloisa

### 2.3 – Vida Nua

Giorgio Agamben, ao dizer que os gregos não tinham um termo único para designar aquilo que nós queremos dizer hoje com a palavra vida, lembra a diferenciação entre *zoé*, palavra grega que expressava o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, humanos e deuses) e a palavra grega *bios*, que, por sua vez, apontava a forma ou a maneira de viver peculiar a um indivíduo ou grupo particular<sup>141</sup>.

Pontua Agamben que “Quando Platão, no *Filebo*, menciona três gêneros de vida e Aristóteles, na *Ethica nicomachea*, distingue a vida contemplativa do filósofo (*bios theoreticós*) da vida de prazer (*bios apolausticós*) e da vida política (*bios politicós*), eles jamais poderiam ter empregado o termo *zoé* (que, significativamente, em grego carece de plural) pelo simples fato de que para ambos não estava em questão de modo algum a simples vida natural, mas uma vida qualificada, um modo particular de vida”<sup>142</sup>.

Para o filósofo italiano, “A simples vida natural é, porém, excluída, no mundo clássico, da *pólis* propriamente dita e resta firmemente confinada, como mera vida reprodutiva, ao âmbito do *oikos*”<sup>143</sup>. Michael Foucault, em sua obra “História da Sexualidade I: a vontade de saber”, sintetiza o processo pelo qual, “nos limiares da Idade Moderna, a vida natural começa, por sua vez, a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal, e a política se transforma em *biopolítica*: ‘Por milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente’”<sup>144</sup>. Prossegue Agamben em sua análise sobre essa etapa do pensamento de Foucault:

---

Helena Barboza; José Antônio Peres Gedieli; Luiz Edson Fachin; Maria Celina Bodin de Moraes (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338.

<sup>141</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 9.

<sup>142</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 9.

<sup>143</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 10.

<sup>144</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 11.

“Segundo Foucault, o ‘limiar de modernidade biológica’ de uma sociedade situa-se no ponto em que a espécie e o indivíduo enquanto simples corpo vivente tornam-se a aposta que está em jogo nas suas estratégias políticas. A partir de 1977, os cursos no *Collège de France* começam a focalizar a passagem do ‘Estado territorial’ ao ‘Estado de população’ e o conseqüente aumento vertiginoso da importância da vida biológica e da saúde da nação como problema do poder soberano, que se transforma então progressivamente em ‘governo dos homens’. ‘Resulta daí uma espécie de animalização do homem posta em prática através das mais sofisticadas técnicas políticas. Surgem então na história seja o difundir-se das possibilidades das ciências humanas e sociais, seja a simultânea possibilidade de proteger a vida e de autorizar seu holocausto’. Em particular, o desenvolvimento e o triunfo do capitalismo não teria sido possível, nesta perspectiva, sem o controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os ‘corpos dóceis’ de que necessitava. (...) A morte impediu que Foucault desenvolvesse todas as implicações do conceito de biopolítica e mostrasse em que sentido teria aprofundado ulteriormente a sua investigação; mas, em todo o caso, o ingresso da *zoé* na esfera da *pólis*, a politização da vida nua como tal constitui o evento decisivo da modernidade, que assinala uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico”<sup>145</sup>.

No livro “Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua”, Agamben buscou pesquisar o oculto ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder, constatando que essas duas análises não podem ser separadas:

“(...) a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. *Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos arcana imperii*”<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 11.

<sup>146</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 14.

Portanto, Agamben esclarece que, na verdade, o poder se funda sobre a cisão entre o “fato” da vida e as “formas de vida”, ao isolar algo como a “vida nua”, objeto a um só tempo de exclusão e inclusão, submetida ao arbítrio do soberano.

Assim sendo, para Peter Pál Pelbart:

“O regime contemporâneo, ao suscitar um constante ‘estado de emergência’ que ele se encarrega de administrar, em nome da defesa da vida sobre a qual pensa ter direito, apenas prolonga a lógica anterior. Prevalece ainda e sempre a vida nua tomada agora na sua modalidade biológica – forma dominante da vida por toda a parte. Toda a discussão sobre a bioética, hoje em dia, estaria atravessada por uma tal concepção biológica da vida. A medicalização das esferas de existência, as representações pseudocientíficas do corpo, da doença, da saúde, seriam expressões desse domínio da vida nua, e sobretudo da redução das *formas de vida ao fato da vida*”<sup>147</sup>.

A vida em nome da qual se exerce o poder e que se diz proteger, aquela concebida como um fato, esteve submetida ao jugo do soberano, mas o poder político que nós conhecemos a reivindica “na medida em que, no prolongamento do regime de soberania, se dá o direito de separá-las das formas de vida. A vida então aparece, hoje como ontem, apenas como uma contrapartida do direito que a ameaça de morte, num estado de exceção permanente”<sup>148</sup>. Walter Benjamin, em sua oitava tese sobre o conceito de história, afirma, segundo a tradição dos oprimidos, que “o estado de exceção no qual vivemos é a regra”, tornando-se necessário um conceito de história correspondente a esse fato. Essa afirmação de Benjamin, sob a ótica de Agamben, corresponde a um momento histórico específico: o estado de exceção proclamado por Hitler que não foi revogado até o término do nazismo<sup>149</sup>.

A figura do direito romano arcaico do *homo sacer*, apesar de guardar uma dimensão enigmática, enuncia a possibilidade de um ser humano ser morto impunemente, sem que seja, no entanto, permitido o seu sacrifício ritual. Nas palavras de Peter Pál Pelbart,

“O homem sacro é aquele que, julgado por um delito, pode ser morto sem que isso constitua um homicídio, ou uma execução, ou uma condenação, ou um sacrilégio, nem sequer um sacrifício. Subtrai-se assim à esfera do direito humano, sem por isso passar à esfera do direito divino. Essa

---

<sup>147</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 60.

<sup>148</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 60.

dupla exclusão é, paradoxalmente, uma dupla captura: sua vida, excluída da comunidade por ser insacrificável, é nela incluída por ser matável. A vida nua está, desse modo, desde o início numa relação de exceção com o poder soberano, numa interdependência recíproca que pode ser expressa do seguinte modo: ‘Soberania é a esfera na qual se pode matar sem cometer um homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera’<sup>150</sup>.

Ao considerar a vida sacra como um ‘préstimo original da soberania’, constata-se que “(...) quando se quer fazer valer a sacralidade da vida contra o arbítrio do soberano, ignora-se que é precisamente tal sacralidade, historicamente, que garante a sujeição da vida a um poder de morte. A vida sacra, que excede tanto a esfera do direito quanto a do sacrifício, é o elemento político originário, e o referente do vínculo soberano, da decisão soberana. Ela é também, por conseguinte, a forma originária da implicação na ordem jurídico-política, sob a forma paradoxal da exclusão-inclusão”<sup>151</sup>. De acordo com essa linha de raciocínio, o direito à vida seria a contraparte de um poder que a ameaça de morte. Nas palavras de Agamben, “É como se, a partir de um certo ponto, todo o evento político decisivo tivesse sempre uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam, a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam liberar-se”<sup>152</sup>.

Na opinião de Agamben, a ausência da figura do *homo sacer* da cultura contemporânea se deve, provavelmente, ao fato de que “somos todos virtualmente *homines sacri*”, justamente porque os regimes políticos contemporâneos fundamentam-se em um mesmo conceito, o da *nuda vita*. Tal constatação vale tanto para o nazismo, como para a democracia, como esclarece Pelbart: “A biopolítica do totalitarismo moderno, por um lado, e a sociedade de consumo e de hedonismo de massa, por outro, constituem duas modalidades que se comunicam. Em contrapartida, o que caracteriza a democracia moderna seria, paradoxalmente, a tentativa de transformar a vida nua em vida qualificada, ou como

---

<sup>149</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 61.

<sup>150</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 61-62.

<sup>151</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 62.

disse Agamben, tentar encontrar o *bios* da *zoé*, na lógica já apontada por Foucault, onde se coloca em jogo a liberdade e a felicidade no ponto exato da própria submissão – a vida nua”<sup>153</sup>.

Acompanhando o raciocínio proposto por Michael Foucault, Agamben considera que o regime totalitário nazista é, essencialmente, biopolítico; trata-se, melhor dizendo, do “primeiro Estado radicalmente biopolítico”, de um Estado que

confunde “(...) um dado natural com uma tarefa política – já que para os nazistas tratava-se de assumir politicamente sua hereditariedade biológica. A política nazista é aquela que realiza a indistinção da vida natural e da vida politicamente qualificada, mas sob fundo de sua separação. Ou seja, o nazismo separa a vida nua das formas de vida, e depois subsume as formas de vida à vida nua. Nesse sentido o racismo é secundário, no nazismo, não no sentido de que ele é menos importante, mas de que é uma decorrência dessa *práxis* biopolítica mais geral. Agamben nota que os historiadores, tão centrados na eliminação dos judeus, não conseguiram suficientemente situá-la no interior de um contexto biopolítico mais geral, uma política de eugenia, de melhoria da raça e de suas condições de reprodução. O anti-semitismo deveria ser lido à luz da produção de um corpo coletivo são. Não é o anti-semitismo que pode dar conta do nazismo, ao contrário é sua eficácia na política nazista que se explica por um quadro mais geral, biopolítico”<sup>154</sup>.

As conclusões presentes em “Homo Sacer” indicam o campo de concentração como o *nómos* do moderno. Dessa forma, o campo se apresenta, na visão de Agamben, como o local em que o estado de exceção transformou-se em regra:

“(…) onde a exceção perdura e onde o homem, privado de seus direitos, pode ser assassinado sem que isso se torne um crime. Não se trata, como quer a historiografia judaica, por vezes, de uma espécie de sacrifício, presente no termo Holocausto, pois é justamente a dimensão sacrificial que está suspensa: o judeu está suspenso da ordem humana e da divina, numa exclusão normatizada. O soberano faz incidir seu poder sobre aquele que sua lei exclui, a vida nua enquanto tal. A saúde da população, por sua vez, exige a eliminação da vida indigna de ser vivida. É a biopolítica transformando-se em tanatopolítica. O campo é o paradigma biopolítico contemporâneo. (...) O campo é um espaço onde norma e exceção se tornaram indiferentes, é a estrutura na qual o estado

---

<sup>152</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 127.

<sup>153</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 63.

<sup>154</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 63.

de exceção é realizado normalmente, de maneira estável. O campo é o espaço biopolítico mais puro pois o que ele tem diante de si é a vida nua, a pura vida, sem nenhuma mediação”<sup>155</sup>.

Uma aproximação entre o trabalho de Agamben e o discurso jurídico deve buscar compreender não apenas como foi possível que a humanidade pudesse cometer crimes tão hediondos, mas sim identificar os dispositivos jurídicos e políticos pelos quais seres humanos podem se tornar privados de seus direitos e garantias fundamentais até o ponto de um ato criminoso contra eles não mais ser considerado delituoso, ilícito. Fatos bastante recentes podem servir de exemplo, como bem evidencia Pelbart:

“A essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e de um espaço onde a vida nua e a norma entram num limiar de indistinção, e desse ponto de vista, um estádio onde a polícia italiana reuniu imigrantes albaneses clandestinos em 1991, o velódromo de inverno onde os judeus foram reunidos antes de sua deportação pelo regime de Vichy, as zonas de espera dos aeroportos internacionais onde são detidos os estrangeiros, as instituições para menores infratores, a base de Guantánamo, territórios sob ocupação militar, tudo isso pode ser considerado nessa ótica: um espaço onde a ordem jurídica normal é suspensa, e essa suspensão é tornada norma. Na planetarização do estado de exceção, onde uma medida provisória e excepcional se torna técnica de governo, como depois do 11 de setembro, o estado de exceção se torna um limiar de indistinção entre absolutismo e democracia”<sup>156</sup>.

### **Capítulo III – Do direito à vida ao “direito de não nascer”**

#### **3.1 – O direito à vida e sua sacralidade**

A apreensão da vida pelo Direito fez dela um bem jurídico, integrante da personalidade, sujeito à tutela. Assim, ao tratar a Constituição Federal de 1988, em seu Título II, dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, afirma-se, no *caput* do art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)”<sup>157</sup>. A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ou Pacto de San José da Costa

---

<sup>155</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 64.

<sup>156</sup> PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 64-65.

<sup>157</sup> Cabe lembrar da existência de outros dispositivos que tutelam a vida, no Brasil: arts. 196, 225 e 227 da Constituição Federal de 1988 e arts. 121 a 154 do Código Penal.

Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, dispõe, em seu art. 4º: “Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Assegurar o direito à vida significa, dessa maneira, impor ao Estado o dever de garantir o direito de se continuar vivo e o direito de se ter uma vida digna<sup>158</sup>.

Conforme a lição presente no “Curso de Direito Constitucional Positivo” de José Afonso da Silva, o objeto do direito fundamental “vida”, protegido pelo texto constitucional, apesar de ser de difícil apreensão, deve ser considerado não apenas em seu sentido biológico, mas também em sua “acepção biográfica mais compreensiva”, pois a vida humana “integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)”<sup>159</sup>. Nesse sentido, segue o constitucionalista dizendo que “De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência”<sup>160</sup>.

Dessa forma, explica José Antônio Peres Gediel que existe uma aproximação, nos textos constitucionais recentes, entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seguiu tal tendência, rompendo a tradicional fragmentação das categorias jurídicas de direito público e direito privado e mostrando a fundamentalidade dos direitos da personalidade ao “contemplar os direitos da personalidade, a partir de uma cláusula geral de proteção (art. 1º)” e ao “consagrar, explicitamente, um rol desses direitos (art. 5º)”<sup>161</sup>. Ainda segundo José Antônio Peres Gediel:

“Esse movimento de constitucionalização dos direitos de personalidade vem acompanhado de uma elaboração teórica, que incluiu a reapreciação de elementos da teoria clássica do Direito Civil. O

---

<sup>158</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176.

<sup>159</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 201.

<sup>160</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 201.

<sup>161</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do verbo, 2000, p. 50.

esforço dos doutrinadores concentra-se, sobretudo, na superação do conceitualismo e do modelo de direito subjetivo extraído dos Códigos elaborados nos séculos XVIII e XIX.

Atualmente, qualquer que seja o entendimento doutrinário sobre o modo de proteção jurídica da personalidade pelo direito constituído, restou assentado (na visão de Perlingieri, ao tratar das situações subjetivas existenciais e sua tutela jurídica) que determinados atributos inerentes ao homem são indispensáveis à manutenção da sua qualidade jurídica de pessoa, e o Estado não pode retirar, arbitrariamente, o poder de decisão dos sujeitos sobre esses atributos<sup>162</sup>.

Ressalte-se que, para Perlingieri, a noção de dignidade humana interfere, também, nas relações entre as normas jurídicas nacionais e internacionais, pois, no caso de conflito entre essas duas categorias normativas, a interpretação adotada deverá ser a mais favorável à proteção dos direitos fundamentais assegurados<sup>163</sup>.

Para Alexandre de Moraes, a vida é o mais fundamental de todos os direitos, e sua proteção constitui, na verdade, um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos<sup>164</sup>. Sobre o início da vida e as discussões atuais que a colocam em xeque, ele assim se manifesta:

“O início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biológico, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, e, do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. (...) A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Luzia, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe.

Ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida. Esse direito, que é o primeiro da pessoa humana, tem em sua concepção atual conflitos com a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia”<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do verbo, 2000, p. 50.

<sup>163</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do verbo, 2000, p. 49.

<sup>164</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176.

<sup>165</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 177.

Discussões sobre temas como pena de morte, práticas abortivas e eutanásia ainda geram bastante polêmica e, apesar de serem analisados sob a mesma base legal, ensejam uma multiplicidade de opiniões.

Os crimes tipificados entre os arts. 121 e 127 do Código Penal Brasileiro compõem o Capítulo I, “Dos Crimes contra a vida”, que, por sua vez, se insere no Título I, “Dos Crimes contra a pessoa”; logo, o Código Penal pune os crimes praticados contra a vida pós-gestacional, contra a vida de uma pessoa. Mas, “o Direito Penal, ao punir o aborto, está, efetivamente, punindo a frustração de uma expectativa, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa. Por essa razão, o crime de aborto é contra uma futura pessoa – nesse ponto reside a sua virtualidade – não porque o Código Penal teria atribuído o *status* de pessoa ao feto – o que nem o Código Civil atribuiu –, mas porque o feto contém a energia genética para, em um futuro próximo, constituir uma realidade jurídica distinta de seus pais”<sup>166</sup>.

Alexandre de Moraes, ao refletir sobre os arts. 124 e 128 do Código Penal, verifica que o aborto “poderá ser penalizado, quando estiver tutelando o direito à vida; devendo, porém, em virtude da relatividade dos direitos fundamentais, ser despenalizado quando houver grave risco para a vida da gestante (*aborto necessário*), quando atentar contra a liberdade sexual da mulher (*aborto sentimental*) e, também, nos casos de acrania, ou total inviabilidade da vida extra-uterina, pois nessa última hipótese não haverá substrato constitucional – direito à vida – a ser protegido”<sup>167</sup>.

Diaulas Costa Ribeiro, ao tratar do aborto por anomalia fetal, posiciona-se favoravelmente à adoção da antecipação terapêutica de parto:

“Há dois tipos de inviabilidade fetal. Primeiro, a *inviabilidade ordinária*, que decorre da prematuridade; segundo, a *inviabilidade extraordinária*, que decorre de má formação fetal incompatível com a vida, como a anencefalia. O feto prematuro tem um defeito temporário, ou seja, uma deficiência de maturidade que o tempo corrige a cada instante. Trata-se, portanto, de uma inviabilidade momentânea. O feto inviável por má formação incompatível com a vida tem um defeito patológico – falta-lhe vitalidade – sobre o qual o decurso do tempo não produz qualquer alteração. O feto anencéfalo, por exemplo, não deixa de ser anencéfalo e não sobreviverá ainda que a gravidez dure um ano e 24 dias. Não há ganho de vitabilidade na manutenção da gravidez de

---

<sup>166</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 98.

feto inviável por má formação. (...) A denominação *antecipação terapêutica de parto* é a mais indicada nos casos de interrupção de gravidez de feto com anomalia fetal. Optamos por essa denominação porque a antecipação de parto, nesses casos, além de ser penalmente atípica, apresenta uma garantia à saúde mental da mulher, sem prejuízo de também afastar o perigo permanente de dano à sua saúde física e à sua vida, conforme posição do Conselho Federal de Medicina. Perante o Ministério Público, o CFM afirma que a continuidade da gestação de um feto anencéfalo torna-se um risco desnecessário e gera a indicação de interrupção, mesmo que o risco não seja iminente”<sup>168</sup>.

Oportuno citar a decisão monocrática do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Melo, que, em sede de Medida Cautelar, nos Autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 do Distrito Federal, autorizou o aborto de feto anencefálico<sup>169</sup>:

“A literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica – e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.

Já sobre a eutanásia e o suicídio, assim se pronuncia Alexandre de Moraes:

---

<sup>167</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 179.

<sup>168</sup> DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diáulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 137-139.

<sup>169</sup> A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, em 17 de Junho de 2004, formalizou Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal visando à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 – como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

“O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo. (...)”

O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam, a ativa ou passiva (ortotanásia). Enquanto a primeira configura o direito subjetivo de exigir de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação de morte, para atenuar os sofrimentos (morte doce ou homicídio por piedade), a segunda é o direito de opor-se ao prolongamento artificial da própria vida, por meio de artifícios médicos, seja em caso de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos (o chamado direito à morte digna).

Em relação ao suicídio, não por outro motivo, nossa legislação penal tipifica como crime induzir ou instigar alguém se suicidar ou prestar-lhe auxílio para o que faça, desde que o suicídio se consuma ou da tentativa resulte lesão corporal grave (art. 122 do Código Penal). No caso da eutanásia, a lei penal tipifica a conduta como homicídio (art. 121 do Código Penal)<sup>170</sup>.

No entanto, Maria de Fátima Freire de Sá, autora do livro “Direito de Morrer”<sup>171</sup>, oferece uma outra interpretação em torno da eutanásia, ao afirmar:

“Não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado Democrático de Direito, simplesmente porque o preço desta obstinação é uma gama indivisível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não apenas a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer”<sup>172</sup>.

Diante da complexidade de tais problemas, Habermas coloca a seguinte questão: “Não seria, pois, arbitrário resolver o fenômeno da ambivalência dos nossos sentimentos e intuições, que mudam aos poucos conforme avaliam a questão do embrião nos estágios iniciais ou intermediários ou a do feto nos estágios mais avançados do desenvolvimento,

---

<sup>170</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 180.

<sup>171</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>172</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Da relação médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada*. In: Biodireito. Maria de Fátima Freire de Sá (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 110.

por meio de estipulações moralmente unívocas, em favor de um ou outro lado?<sup>173</sup>” Para o filósofo,

“Apenas com base numa descrição ideologicamente marcada dos fatos, que permanecem razoavelmente discutíveis nas sociedades pluralistas, pode-se conseguir chegar a uma determinação inequívoca do *status* moral – seja no sentido da metafísica cristã ou do naturalismo. Ninguém duvida do valor intrínseco da vida humana antes do nascimento – quer a chamemos simplesmente de ‘sagrada’, quer recusemos tal ‘sacralização’ daquilo que constitui um fim em si mesmo. No entanto, a substância normativa da necessidade de proteger a vida humana pré pessoal não encontra uma expressão racionalmente aceitável para todos os cidadãos nem na linguagem objetiva do empirismo, nem na da religião”<sup>174</sup>.

Portanto, a solução proposta por Habermas passa pela “discussão normativa de uma esfera pública democrática”, em que importam apenas as proposições morais em sentido estrito<sup>175</sup>.

“Somente as proposições ideologicamente neutras sobre aquilo que é igualmente bom para todos podem ter a pretensão de ser aceitáveis para todos por boas razões. (...) Na linguagem dos direitos e deveres, a comunidade de seres morais, que fazem suas próprias leis, refere-se a todas as relações que necessitam de um regulamento normativo. Todavia, apenas os membros dessa comunidade podem se impor mutuamente obrigações morais e esperar uns dos outros um comportamento conforme à norma. (...) Conforme pretendo demonstrar, a dignidade humana, entendida em estrito sentido moral e jurídico, encontra-se ligada a essa simetria das relações. Ela não é uma propriedade que se possa ‘possuir’ por natureza, como a inteligência ou os olhos azuis. Ela marca, antes, aquela ‘intangibilidade’ não com o mesmo sentido de indisponibilidade, pois uma resposta pós-metafísica à questão de como devemos lidar com a vida humana pré-pessoal não pode ser obtida ao preço de uma definição reducionista do homem e da moral”<sup>176</sup>.

Para Habermas, o comportamento moral é uma resposta construtiva às “dependências e carências decorrentes da imperfeição da estrutura orgânica e da fragilidade permanente da existência corporal (evidente sobretudo em fases da infância, da doença e da velhice). A regulamentação normativa das relações interpessoais pode ser compreendida

---

<sup>173</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 45.

<sup>174</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 45-46.

<sup>175</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

como um poroso invólucro de proteção contra certas contingências, às quais o corpo vulnerável e a pessoa nele representada estão expostos”<sup>177</sup>. Mas reconhece Habermas que as ordens morais são construções marcadas por uma grande fragilidade, que, “de uma só vez, protegem o corpo de lesões corporais e a pessoa de lesões internas ou simbólicas. Com efeito, a subjetividade, que é o que faz do corpo humano um recipiente animado da alma, se constitui a partir das relações intersubjetivas para com os outros. O si mesmo individual surge apenas com o auxílio social da exteriorização e também só pode se estabilizar na rede de relações intactas de reconhecimento. Dependendo dos outros é uma circunstância que esclarece a vulnerabilidade do indivíduo em relação aos outros”<sup>178</sup>. Assim, percebe-se como, na visão de Habermas, o “ser geneticamente individualizado no ventre materno, enquanto exemplar de uma comunidade reprodutiva, não é absolutamente uma pessoa ‘já pronta’. Apenas na esfera pública de uma comunidade lingüística é que o ser natural se transforma ao mesmo tempo em indivíduo e em pessoa dotada de razão”<sup>179</sup>.

Habermas identificou, ainda, uma dificuldade característica dos conceitos jurídicos, quando afirma:

“(…) conceitos jurídicos moralmente saturados, como ‘direito humano’ e ‘dignidade humana’, perdem, devido a uma excessiva extensão contra-intuitiva, não apenas sua acuidade, mas também seu potencial crítico. Lesões ao direito humano não podem ser reduzidas a infrações e às representações axiológicas. A diferença entre direitos, ponderados de maneira fixa, e bens, que podem ser considerados prioritários ou não dependendo de cada nova ponderação, não deveria ser confundida. O caráter dos entraves morais, difíceis de definir, que regulam o trato com a vida humana antes do nascimento e após a morte explica a escolha de expressões semanticamente *flexíveis*. A vida humana também desfruta, em suas formas anônimas, de ‘dignidade’ e exige ‘respeito’. Se podemos recorrer ao termo dignidade, é porque ele cobre um amplo espectro semântico e apenas evoca o conceito mais específico da ‘dignidade humana’. (...)”

Quanto a esse processo de abstração que conduz à dignidade humana e ao direito humano – o único de Kant –, não podemos de nossa parte nos esquecer de que mesmo a comunidade moral dos sujeitos livres e iguais de direitos humanos não forma um ‘reino dos objetivos’ no além numenal, mas permanece inserida em formas concretas de vida no seu *étos*”<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

<sup>177</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

<sup>178</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

<sup>179</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 49.

<sup>180</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 52-53.

Ao refletir sobre a inserção da moral numa ética da espécie humana, Habermas segue dizendo:

“Se a moral tem sua sede numa forma de vida lingüisticamente estruturada, a discussão atual sobre a admissibilidade do uso de embriões exclusivamente para pesquisa e do Diagnóstico Genético Pré-Implantatório não pode ser decidida com um único e decisivo argumento em prol da dignidade humana e do *status* dos direitos fundamentais dos óvulos fecundados. Não apenas compreendo, mas também compartilho do motivo pelo qual alguém queira se servir desse argumento. Com efeito, a utilização restritiva do conceito de dignidade humana permite que a necessidade de proteger o embrião – não só porque ele precisa dessa proteção, mas também porque é digno dela – seja avaliada como um bem, o que abre uma brecha para a instrumentalização da vida humana e para o esvaziamento do sentido categórico de exigências morais”<sup>181</sup>.

Assim sendo, para Habermas, quanto mais despreocupadas forem as intervenções na composição do genoma humano, “tanto mais o estilo clínico do trato se aproxima do estilo biotécnico da intervenção e confunde-se a distinção intuitiva entre o que cresceu naturalmente e o que foi fabricado, entre o subjetivo e o objetivo – até atingir a auto-referência da pessoa em sua existência corporal”<sup>182</sup>.

A preocupação ética presente em “O futuro da natureza humana” apresenta um instrumental teórico importante para a crítica da reificação do sujeito, aos mercados biotecnológicos e à eugenia liberal.

### **3.2 – Diagnósticos Genéticos e Reprodução Assistida**

O art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988 trata do planejamento familiar, que: é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, se trata de uma decisão livre do casal, compete ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para permitir seu exercício, veda a coerção por parte de instituições oficiais ou privadas. O direito ao planejamento familiar está regulamentado pela Lei nº 9263, de 12 de janeiro de 1996, que o declara, em seu art. 1º, direito de todo o cidadão, incluindo assistência à concepção e contracepção, garantida a liberdade de opção.

---

<sup>181</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 53-54.

<sup>182</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 66.

No plano internacional, os *reproductive rights* estão assentados nas Conferências Internacionais do Cairo, sobre população e desenvolvimento, de 1994, e de Pequim, sobre as mulheres, de 1995, que garantem a autonomia reprodutiva e consagram os “direitos reprodutivos”, que devem ser entendidos como direitos fundamentais ou humanos de “decidir livremente e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre o planejamento familiar, compreendendo ainda o ‘direito à escolha reprodutiva’, como à liberdade reprodutiva relativa a ‘se’ e ‘quando’ reproduzir-se, ensejando, incluir-se nessa escolha o ‘como’ reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial”<sup>183</sup>.

O Código Civil Brasileiro de 2002, no Capítulo denominado “Da Filiação”, em seu art. 1597, incisos III, IV e V, incluiu entre os filhos presumidos como concebidos na constância do casamento aqueles havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Segundo Heloisa Helena Barboza, “a referência à fecundação artificial homóloga pode, em tese, compreender tanto as técnicas de inseminação artificial, quanto a fertilização *in vitro*, desde que realizadas com material fecundante do casal”<sup>184</sup>.

Quando um casal decide pela utilização da técnica da reprodução assistida, é comum que façam uso, também, do aconselhamento genético, que pode ser definido como “o processo pelo qual os pacientes ou seus familiares, com risco de desenvolver uma enfermidade de caráter hereditário, são advertidos das conseqüências da enfermidade (dela padecer ou transmiti-la) e dos possíveis métodos de evitá-las ou aliviá-las”<sup>185</sup>. Sobre tal assessoramento, ensina Carlos María Romeo Casabona:

“As consultas costumam ter início com as providências vinculadas à reprodução, período em que os diagnósticos são denominados *antenatais*, se anteriores à decisão de gerar uma descendência (é

---

<sup>183</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução Assistida e o novo Código Civil*. In: Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002. Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves (Orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229.

<sup>184</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução Assistida e o novo Código Civil*. In: Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002. Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves (Orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 237.

<sup>185</sup> CASABONA, C. M. R. (Org.). *Biotecnología, direito e bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.50.

o caso dos diagnósticos *pré-conceptivos* e dos diagnósticos *pré-implantatórios*), ou, se realizados no curso da gravidez, diagnósticos *pré-natais*. (...) O diagnóstico pós-natal está mais diretamente vinculado às possibilidades terapêuticas ou preventivas de enfermidades hereditárias de recém-nascidos, crianças ou adultos. Os dados prévios necessários para cada um desses diagnósticos são obtidos mediante a elaboração de um histórico dos antecedentes familiares de transmissão ou aparição de anomalias genéticas e a investigação do próprio casal, particularmente a análise genética (no ovócito ou no embrião *in vitro*), utilizando-se diversos exames, para os quais é decisiva a participação, ao lado do médico, de outros profissionais de alto grau de especialização e qualificação, particularmente biólogos geneticistas”<sup>186</sup>.

Assim sendo, Habermas faz uma consideração que tem bastante pertinência com o *Arrêt Perruche*: “Na medida em que o indivíduo em crescimento, manipulado de forma eugênica, descobre seu corpo vivo também como algo fabricado, a perspectiva do participante da ‘vida vivida’ colide com a perspectiva reificante dos produtores ou artesãos. Pois, ao decidir sobre seu programa genético, os pais formularam intenções que mais tarde se converterão em expectativas em relação ao filho, sem, contudo, conceder ao seu destinatário, o filho, a possibilidade de uma reconsideração”<sup>187</sup>. O caso Perruche, de alguma maneira, é um exemplo da constatação de Habermas. Perruche é um “paradigma ao avesso”, já que a mãe não quis praticar o aborto eugênico (permitido legalmente para o caso, na França), mas o filho sim. Aliás, o inconformismo por não ter nascido “perfeito” é tão grande que, além de se alegar o “direito de não ter nascido”, pediu-se, também, indenização em dinheiro em face da mãe e do médico.

O “direito de não nascer” poderia ser, portanto, um dos desdobramentos de duas técnicas atuais, que podem se tornar exemplo do pensamento eugênico e de expressão do biopoder, os diagnósticos genéticos e a reprodução assistida. Nas palavras de Carlos María Romeo Casabona, “*los descubrimientos modernos sobre el genoma humano y el perfeccionamiento y ampliación de las técnicas de reproducción asistida han abierto ya una enorme potencialidad instrumental al pesamiento eugenésico*”<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> CASABONA, C. M. R. (Org.). *Biotecnología, derecho e bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.50.

<sup>187</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 71.

<sup>188</sup> CASABONA, C. M. R. *Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas*. In: *La eugenesia hoy*. Carlos María Casabona (Org.). Bilbao-Granada: Fundacion BBV, Comares Granada, 1999, p. 9.

Tais técnicas se inscrevem numa mudança de paradigma vivida pela medicina, que de curativa passou a ser preventiva, prospectiva. E quando há previsão, há, portanto, controle, pois somente o imprevisível é incontrolável.

A reprodução assistida é uma técnica que facilita o diagnóstico genético, prática que permitiria a volta da utilização do princípio de seleção.

O combate a essa discriminação, no Brasil, é fundamentado em uma ontologia médica e num forte discurso humanista presente na doutrina, principalmente para proteger o não nascido.

Mas quando a corrente humanista luta para se atribuir um valor ético ao não nascido, ela não está, a rigor, resolvendo o problema maior, pois o valor/desvalor está, na verdade, na mão do poder constituinte/constituído da sociedade. Um exemplo que poderia comprovar essa constatação é o tratamento diferenciado entre feto e embrião. Portanto, observa-se que existe uma escolha feita pelo humanismo que é, ainda, arbitrária, pois, afinal, quem decide o que deve ser preservado? Qual a expressão de vida que deve ser tutelada? Cabe aqui lembrar o caso do aborto terapêutico, do descarte de embriões e, também, o *Arrêt Perruche*.

Há, na verdade, todo um conjunto de instrumentos políticos de poder que faz essa escolha, com destaque para a influência do mercado. Deve-se, portanto, pensar não apenas no que vem a ser a vida digna de ser vivida, mas também em quem pode ter direito a essa vida digna.

A partir da leitura de “Homo Sacer”, o direito à vida parece não ser um direito subjetivo individual, pois teria sido transferido ao soberano. Opondo-se a tal possibilidade, o discurso do constitucionalismo moderno considera a vida como um direito fundamental indisponível, irrenunciável e intransferível. Dessa forma, percebe-se que houve uma passagem, não na seara jurídica, mas política. Isso porque, no contrato social, os indivíduos não abriram mão do seu direito à vida, mas invisivelmente, nos pactos, não nos contratos, no plano da organização social, a vida escapou ao sujeito. Assim, a autonomia privada é, atualmente, um discurso legitimador que busca negar que “A grande metáfora do *Leviatã*, cujo corpo é formado por todos os corpos dos indivíduos, deve ser lida sob esta luz. São os

corpos absolutamente matáveis dos súditos que formam o novo corpo político do Ocidente”<sup>189</sup>.

Alguns momentos fundamentais da história política moderna são ressaltados por Agamben para comprovar sua observação. Nesse sentido, a criação do instituto do *Habeas Corpus*, de 1679, e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, guardam “uma incompreensível intrusão de princípios biológico-científicos na ordem política” e só adquirem seu real sentido quando são restituídos ao “comum contexto biopolítico (ou tanatopolítico) ao qual pertencem”<sup>190</sup>.

Nessa linha de raciocínio, Agamben diz ser “O primeiro registro da vida nua como novo sujeito político (...) o *writ* de *Habeas Corpus* de 1679. Seja qual for a origem da fórmula, que é encontrada já no século XIII para assegurar a presença física de uma pessoa diante de uma corte de justiça, é singular que em seu centro não esteja nem o velho sujeito das relações e das liberdades feudais, nem o futuro *citoyen*, mas o puro e simples *corpus*”<sup>191</sup>. Portanto,

“*corpus* é o novo sujeito da política, e a democracia moderna nasce propriamente como reivindicação e exposição deste ‘corpo’: *habeas corpus ad subjiciendum*, deverás ter um corpo para mostrar. Que justamente o *Habeas Corpus*, entre os vários procedimentos jurisdicionais voltados à proteção da liberdade individual, recebesse forma de lei e se tornasse, assim, inseparável da história da democracia ocidental, seguramente deve-se a circunstâncias acidentais; mas é também certo que, deste modo, a nascente democracia europeia colocava no centro de sua luta com o absolutismo não o *bios*, a vida qualificada de cidadão, mas *zoé*, a vida nua em seu anonimato, apanhada, como tal, no *bando soberano*”<sup>192</sup>.

Em seu turno, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reflete outro problema. Agamben diz que,

---

<sup>189</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 131.

<sup>190</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 129.

<sup>191</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 129.

<sup>192</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 130.

“No sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Isto está implícito, se refletirmos bem, na ambigüidade do próprio título da declaração de 1789: *Declaration des droits de l’homme et du citoyen*, onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro já está desde o início contido e oculto no segundo; e, neste caso, que tipo de relação existe entre eles. (...)”

As declarações dos direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien regime*. Que, através delas, o súdito se transforme, como foi observado, em cidadão, significa que o nascimento – isto é, a vida natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas conseqüências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania. O princípio de natividade e o princípio de soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava lugar somente ao *sujet*, ao súdito) unem-se agora irrevogavelmente no corpo do ‘sujeito soberano’ para constituir o fundamento do novo Estado-nação<sup>193</sup>.

A partir dessas reflexões, Agamben retoma o pensamento de Binding, para quem “não resta ao direito outra possibilidade senão a de considerar o homem vivente como soberano sobre a própria existência”, para dizer que “A soberania do vivente sobre si configura, como a decisão soberana sobre o estado de exceção, um limiar de indiscernibilidade entre exterioridade e interioridade, que a ordem jurídica não pode, portanto, nem excluir nem incluir, nem vetar e nem permitir”<sup>194</sup>. Dessa forma, quando Binding desenvolve uma construção teórica para autorizar “o aniquilamento da vida indigna de ser vivida”, Agamben vê não apenas uma doutrina em favor da eutanásia, mas também “a estrutura biopolítica fundamental da modernidade – a decisão sobre o valor (ou sobre o desvalor) da vida como tal – encontra, então, a sua primeira articulação jurídica”<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 134-135.

<sup>194</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 143.

<sup>195</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 144.

### 3.3 – O *Arrêt Perruche* e a crítica dos direitos subjetivos

A primeira ruptura teórica que se verificou no seio do conceitualismo alemão se deu a partir do pensamento de Ihering. Para este jurista, a definição de direito subjetivo, enunciada por seus mestres e discípulos, era incompleta, porque se limitava a descrever seus elementos estruturais, mas silenciava uma relação à finalidade do referido direito subjetivo e da própria relação jurídica, enquanto relação social.

Ao introduzir as noções de interesse e finalidade como essenciais à compreensão do próprio direito subjetivo, Ihering buscava superar a concepção abstrata que separava a relação jurídica da relação social, o sujeito de direito do homem<sup>196</sup>.

Assim, por exemplo, Ihering, ao introduzir a noção de interesse e de finalidade no conceito de direito subjetivo, problematizou esse conceito e apontou suas principais deficiências.

O papel e o poder da vontade, antes concebidos em abstrato, deveria ser considerado em relação a interesses concretos dos indivíduos, embora tais interesses continuassem a prescindir, para serem assegurados, de um poder atribuído ao seu titular, pela ordem jurídica.

Do mesmo modo, Ihering destaca que é o interesse, e não a vontade, que é tutelado pela ordem jurídica ao examinar os casos de interesses de incapazes, cuja vontade não é reconhecida juridicamente.

O aprofundamento dessa crise do pensamento jurídico conceitualista se deu por força da corrente conhecida como “Jurisprudência dos Interesses”, que originou outra corrente chamada “Jurisprudência de Valores ou da Valoração”. Estas correntes recolocam o problema da justiça no âmbito da norma, em abstrato, e o reconduzem para o momento da decisão, visando a solução de interesses conflitantes.

No entanto, o pensamento de Ihering e, posteriormente, da “Jurisprudência dos Interesses”, foram insuficientes para superar a doutrina clássica alemã. No entanto, foi o primeiro passo em direção à concepção atual de direitos da personalidade, que busca a proteção jurídica integral do homem e suas manifestações essenciais, independente da sua

---

<sup>196</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Subjetivos, Direitos Humanos e Jurisprudência dos Interesses - relacionado com o pensamento tardio de Rudolph von Ihering*. In: Arq. do Min. da Justiça. Brasília, jan, jun. 1994, p. 150.

vontade, juridicamente relevante, recuperando o sentido jurídico de princípio fundante da ordem jurídica, o valor da dignidade essencial da pessoa humana.

O “direito de não ter nascido”, invocado no *Arrêt Perruche*, apenas encontraria fundamentação adequada a partir da teoria de Ihering.

Questiona-se, contudo, a noção de um direito subjetivo que implica o direito à vida. Pois isso significaria que o direito à vida seria, então, um poder do indivíduo a ser observado pelo estado, pela sociedade e, também, pelo próprio indivíduo. Mas, como esse direito se efetiva? A resposta parece ser: dadas as condições sociais concretas para a vida digna com saúde. Contudo, o que há, na verdade, para o direito moderno, é uma promessa, que, nem sempre, corresponde à realidade, por exemplo: o desejo de amor é respondido, pelo direito, com uma previsão acerca do direito subjetivo que a pessoa, sujeito de direito, maior e capaz, tem de se casar; mas, amor e casamento não são sinônimos, assim como não são sinônimos vida e prestação médica necessária para garantir a saúde.

Enfim, percebe-se, a partir do pensamento de Ihering, que o “direito de não nascer”, não contemplado pelo ordenamento jurídico pátrio, exigiria uma leitura que descartasse a capacidade, mas não a tutela, que seria exercida por um outro sujeito. A seguinte posição do constitucionalista Alexandre de Moraes parece comprovar o argumento da não aceitação, por parte da doutrina brasileira, acerca da existência de um direito subjetivo de não nascer: “O direito à vida tem um conteúdo de proteção positivo que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte”<sup>197</sup>.

Um estudo sobre diagnósticos genéticos e reprodução assistida, em uma época marcada pelo mercado tecnocientífico e pela biopolítica, deve ressaltar, como conclusão, o alerta de Zygmunt Bauman e de Heiner Müller, que bem servem para interpelar o atual momento histórico, tempo de decisão política sobre o futuro da espécie humana:

“(…) é preciso compreender Auschwitz não como um desvio, uma exceção, um surto de irracionalismo, ou mesmo como uma regressão à barbárie, à maneira de Adorno. O campo de concentração, na verdade, significa o altar do capitalismo, o último estágio das Luzes e o modelo de base da sociedade tecnológica. Essa é uma expressão evidentemente polêmica, quase inadmissível; mas convém meditar sobre ela, pois sugere aspectos extremos até então desapercibidos da lógica social dominante. Auschwitz seria o altar do capitalismo porque ali o

---

<sup>197</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 180.

homem é sacrificado em nome do progresso. porque o critério da máxima racionalidade reduz o homem ao seu valor de matéria-prima; seria o último estágio das Luzes, como a realização plena do cálculo por ela inaugurado; e seria, enfim, o modelo de base da sociedade tecnológica porque o extermínio em escala industrial consagra até mesmo na morte a busca de funcionalidade e eficiência, princípios fundamentais do sistema técnico moderno.

Essa caracterização de Auschwitz funde em um microcosmo exemplar a celebração de um sistema socioeconômico, a consumação de um sistema de pensamento e o *modus operandi* da tecnociência. Nesse sentido, o campo de concentração expressaria, através do critério básico da seleção, toda a potência negativa da civilização ocidental moderna. Mas se o extermínio é o ponto de chegada para as vítimas da aceleração tecnológica e econômica total, sua contrapartida é a salvação dos “eleitos”, através da abertura de uma segunda linha de evolução para os beneficiários da estratégia. Nesse caso, a supressão do humano não se dá através do descarte deste, mas de sua superação<sup>198</sup>.

### **Conclusão**

A presente Monografia buscou esclarecer como os avanços biotecnológicos, em uma sociedade que caminha em direção à eugenia liberal, suscitam novas preocupações no campo do Direito e da Ética.

Nesse sentido, é emblemático o *Arrêt Perruche*, caso decidido pela Corte de Cassação Francesa, em que o Poder Judiciário foi convocado a se pronunciar sobre a existência e violação de um "direito subjetivo a não nascer".

Na verdade, mais que um sonoro "não" aos valores consagrados pela modernidade e pelo humanismo liberal, o *Arrêt Perruche* deve ser compreendido a partir de três idéias: a de "loucura do direito subjetivo", proposta por Bernard Edelman; a de princípio de seleção, presente no discurso em torno da eugenia; e a de vida nua, pois o regime jurídico contemporâneo ao garantir o direito à vida, também inscreve a subjetividade do homem numa ordem estatal que o ameaça de morte.

Assim sendo, a Reprodução Assistida e os Diagnósticos Genéticos são técnicas que podem vir a permitir tanto a eugenia, como uma afirmação do atual contexto biopolítico em que vivemos.

Verificou-se, ainda, que o "direito subjetivo à não nascer" só poderia ser contemplado a partir de um resgate da teoria de Ihering, que introduziu a noção de interesse e finalidade no conceito de direito subjetivo.

---

<sup>198</sup> SANTOS, Laymert Garcia dos. *Politizar as novas tecnologias*. São Paulo: 34, 2003, p. 229-319.

Por fim, o trabalho buscou nas idéias do filósofo italiano Giorgio Agamben o fundamento para afirmar que o campo de concentração é o *nómos* do moderno, pois o campo é o espaço biopolítico em que a exceção perdura. é o espaço em que dispositivos jurídicos permitem o assassinato sem que isso seja considerado um crime.

### **Referências**

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed, 1998.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Patrimônio Genético Humano**. São Paulo: Método, 2004.
- BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madri: Trotta, 1996.
- BEIGUELMAN, Bernardo. **Genética e ética**. In: *Ciência e Cultura* nº 42. Rio de Janeiro: SBPC, janeiro de 1990.
- BERLINGUER, Giovanni. **Bioética cotidiana**. Trad. Lavinia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: UnB, 2004.
- \_\_\_\_\_; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- BUGLIONE, Samantha; DINIZ, Débora (Orgs.). **Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?** Brasília: Letras Livres, 2002.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da personalidade**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CASABONA, Carlos Maria (Org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- \_\_\_\_\_. **La eugenesia hoy**. Bilbao-Granada: Fundacion BBV, Comares Granada, 1999.
- CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

- CORTIANO JR., Eroulths. **Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver.** Dissertação de Mestrado em Direito – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1993.
- DANTAS, Santiago. **Programa de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.** Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961.
- DEL VECCHIO, Jorge. **Persona, estado y derecho.** Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- DIVISION OF THE ETHICS OF SCIENCE AND TECHNOLOGY OF UNESCO. **Birth of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights.** UNESCO: 1999.
- EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia.** Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.
- \_\_\_\_\_. **Critique de l'humanisme juridique.** In: L'Homme, la Nature et le Droit. Paris: Christian Bourgois Ed, 1988.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado.** Lisboa: Caminho, 1989.
- FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução.** Porto Alegre: Fabris, 1991.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GALTON, F. **Herencia y Eugenesia.** Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- GARCIA, Maria. **Limites da Ciência.** São Paulo: RT, 2004.
- GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo.** Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

- \_\_\_\_\_. **Autonomia do sujeito e biopoder.** In: Diálogos sobre Direito Civil. Carmem Lúcia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloisa Helena Barboza; José Antônio Peres Gediél; Luiz Edson Fachin; Maria Celina Bodin de Moraes (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 327-346.
- GROSSI, Miriam; PORTO, Rozeli; TAMANINI, Marlene (Orgs.). **Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: questões e desafios.** Brasília: Letras Livres, 2003.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império.** Rio de Janeiro: Record, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HESPANHA, António M. **A história do direito na história social.** Lisboa: Livros Horizonte, 1978.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Martins Fontes, 1960.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 2. ed. Trad. José Lamego. Rev. Ana de Freitas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- L'arrêt Perruche ou les problèmes posés par la biologie au droit.** In: Journal Français de Psychiatrie, nº 17, Paris: Érès, 1 trimestre de 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O estado de direito e os direitos da personalidade.** Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: RT, 2002.

- MEIRELLES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito Civil: para a crítica histórica do “paradigma civilístico”**. Coimbra: Almedina, 1990.
- MELLO, Cláudio Ari. **Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade**. In: O novo código civil e a constituição. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MELO, Helena; NUNES, Cristina; NUNES, Rui. **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002.
- MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2 ed, 1994.
- MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988.
- ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez (coord.). **Genética Humana en el tercer milenio: aspectos éticos y jurídicos**. Madrid: Akal, 2002.
- PALERMINI, Patricia. **Misère de la bioéthique**. Bruxelas: Labor, 2002.
- PEREIRA, Lygia da Veiga. **Seqüenciaram o genoma: e agora?** São Paulo: Moderna, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.
- RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995.
- ROSE, Michael. **O Espectro de Darwin**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SANTOS, Laymert Garcia dos. **Politizar as novas tecnologias**. São Paulo: 34, 2003.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.
- SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo**. São Paulo: Editora Estação Liberdade, 2000.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.
- TERRA, Ricardo. **Kant e o Direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- VILLEY, Michel. **Philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 1975.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.