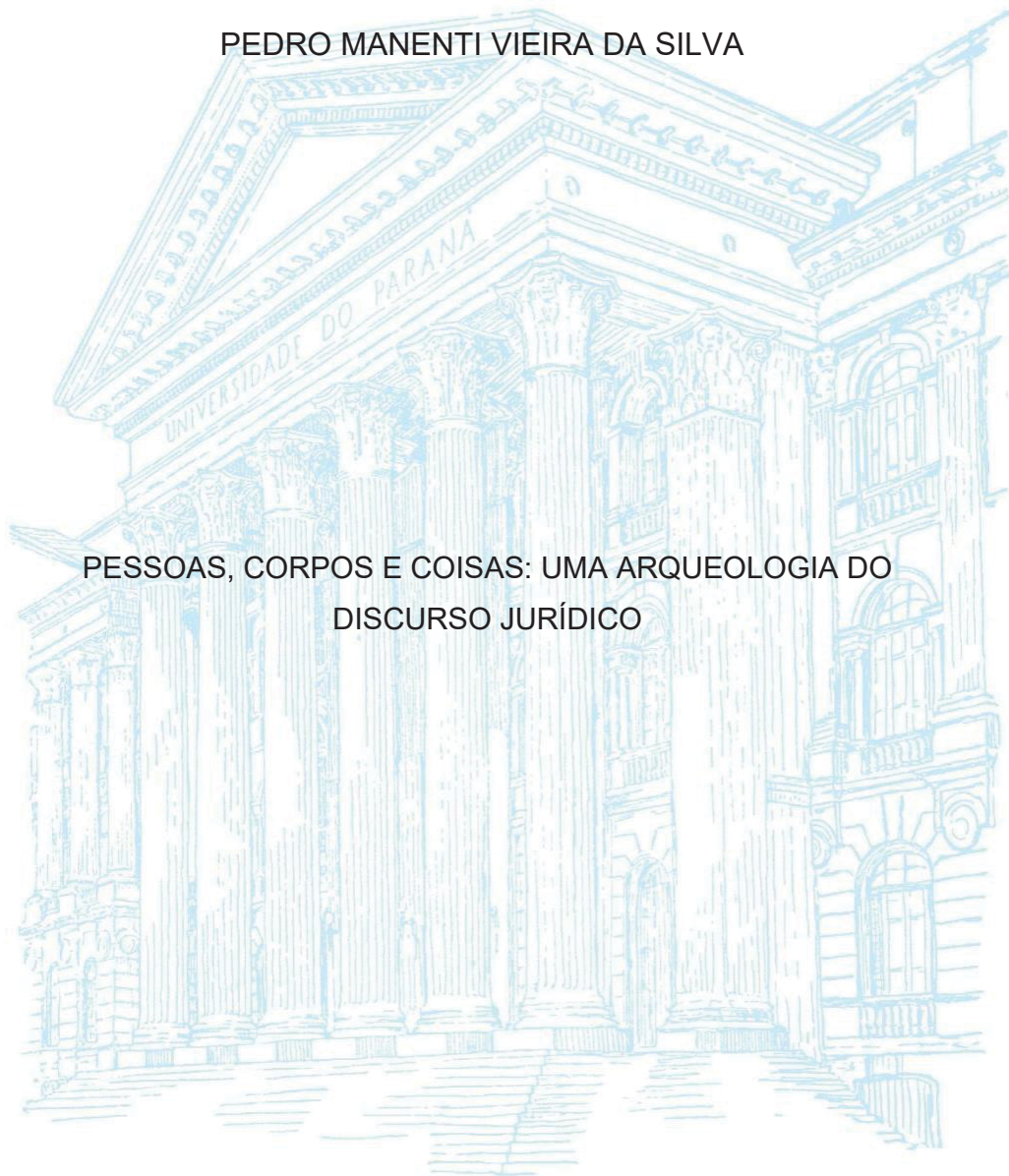


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO MANENTI VIEIRA DA SILVA

PESSOAS, CORPOS E COISAS: UMA ARQUEOLOGIA DO
DISCURSO JURÍDICO



CURITIBA

2022

PEDRO MANENTI VIEIRA DA SILVA

PESSOAS, CORPOS E COISAS: UMA ARQUEOLOGIA DO
DISCURSO JURÍDICO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Profa. Dr. Adriana Espíndola Corrêa

CURITIBA

2022

FICHA CATALÓGRAFICA

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP) UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Silva, Pedro Manenti Vieira da

Pessoas, corpos e coisas: uma arqueologia do discurso jurídico / Pedro Manenti Vieira da Silva. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientadora: Adriana Espindola Correa.

1. Discurso jurídico. 2. Direito ao próprio corpo. 3. Arqueologia. 4. Dignidade humana. I. Correa, Adriana Espindola. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e sete de abril de dois mil e vinte e dois às 09:30 horas, na sala 317, Prédio Histórico - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **PEDRO MANENTI VIEIRA DA SILVA**, intitulada: **PESSOAS, CORPOS E COISAS: UMA ARQUEOLOGIA DO DISCURSO JURÍDICO**, sob orientação da Profa. Dra. ADRIANA ESPINDOLA CORREA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: ADRIANA ESPINDOLA CORREA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), SILVANA VIGNALE (CONSEJO NACIONAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TÉCNICAS). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, ADRIANA ESPINDOLA CORREA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: A banca deliberou pela indicação para publicação do trabalho de forma unanime.

CURITIBA, 27 de Abril de 2022.

Assinatura Eletrônica

27/04/2022 14:19:24.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

27/04/2022 14:17:09.0

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

27/04/2022 11:26:25.0

SILVANA VIGNALE

Avaliador Externo (CONSEJO NACIONAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TÉCNICAS)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO SETOR
DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO
PARANÁ PRÓ-REITORIA DE
PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DIREITO - 40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal

do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **PEDRO MANENTI VIEIRA DA SILVA**

intitulada: **PESSOAS, CORPOS E COISAS: UMA ARQUEOLOGIA DO DISCURSO JURÍDICO**, sob orientação da Profa. Dra.

ADRIANA ESPINDOLA CORREA, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua

APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções

solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 27 de Abril de 2022.

Assinatura Eletrônica

27/04/2022 14:19:24.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

27/04/2022 14:17:09.0

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

27/04/2022 11:26:25.0

SILVANA VIGNALE

Avaliador Externo (CONSEJO NACIONAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TÉCNICAS)

À minha família, Jacir, Luciane, Caetano e Kau.

Ao sem nome.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa apresentada nessa dissertação foi desenvolvida entre 2020 e 2022, durante a pandemia da COVID-19. Os agradecimentos se dirigem a todos os que catalisaram alguma esperança em mim durante esse período.

Pelo inesgotável afeto e eterna paciência, agradeço à minha família: Jacir, Luciane e Caetano.

Agradeço especialmente à Kau, por toda chama de amor inspirado em zelo e por acreditar em mim.

Por comporem comigo uma multidão e me rememorarem da força em comunhão, agradeço aos meus amigos: César, Gustavo, George, Kaoro, Paludo e Gabi.

Por me incentivar, me desafiar e me reconhecer agradeço à minha orientadora Prof. Dra. Adriana Espíndola Corrêa e ao Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel.

Pela confiança e pela amizade, agradeço, com admiração, à Prof. Dra. Camila Salgueiro da Purificação Marques.

Pelas profícuas discussões e pelo aprendizado imenso, agradeço aos colegas do BIOTEC, especialmente ao Fernando, à Ana, à Alice e ao Danilo.

Agradeço também ao Matheus e ao Alisson por me auxiliarem com a revisão desse texto.

Por fim, agradeço à CAPES, pela bolsa de pesquisa concedida.

Quando repasso atentamente minha infância, me dou conta que minha memória das palavras começa muito antes da minha memória da carne. Na pessoa comum, imagino, o corpo vem antes da linguagem. No meu caso, antes vieram palavras; então – pé ante pé, com toda a aparência de extrema relutância, e já vestida de conceitos – veio a carne. Já estava, nem é preciso dizer, estragada pelas palavras. – Yukio Mishima

RESUMO

Este trabalho analisa o discurso jurídico sobre o corpo nas decisões judiciais das Cortes Superiores do Brasil após 1988. Na pesquisa foi utilizada metodologia quantitativa para selecionar as decisões judiciais a serem analisadas. Foi também empregado procedimento metodológico qualitativo, correspondente à análise de discurso arqueológica, com base em Michel Foucault, que tem por finalidade a descrição dos enunciados – entendidos como funções de ordenação e dispersão dos signos – em seu extrato histórico. Da leitura do arquivo, isto é, das decisões judiciais selecionadas, identificou-se a repetição de dois enunciados do discurso jurídico sobre o corpo: “pessoa não é coisa” e “o valor da pessoa humana é a dignidade em oposição ao valor das coisas de utilidade”. Partiu-se da constatação da ambiguidade do estatuto jurídico do corpo, que ora é enquadrado como pessoa e ora como coisa, identificada nas decisões judiciais elencadas para, em seguida, empreender a descrição dos enunciados em sua formação histórica – estes que mobilizados juntos compõem um discurso, um modo de falar sobre o corpo, e, assim, circunscrevem o limite do dizível no âmbito jurídico. Por meio dessa análise foi possível identificar que o corpo é uma construção jurídica moldada pelo enunciado da pessoa – formulado pela interpretação da Escola Histórica do Direito, no século XIX, sobre Kant - e pelo enunciado da dignidade humana – elaborado por meio da operacionalização dos conceitos da filosofia moral kantiana no discurso jurídico com os direitos humanos. Esse conjunto de enunciados é o que forma o discurso jurídico sobre o corpo presente nas decisões analisadas, é a condição de possibilidade de formulação do corpo no direito. É esse discurso que permite a existência do corpo com um objeto discursivo ambíguo, mencionado indiretamente ao ser enquadrado como pessoa ou coisa. Aponta-se, por fim, que essa produção discursiva sobre o corpo está vinculada a instituições estatais, o que indica também uma regulação biopolítica.

Palavras-chave: discurso jurídico; estatuto jurídico do corpo; arqueologia.

ABSTRACT

This research analyzes the legal discourse on the body in the judicial decisions of the Brazilian Supreme Courts after 1988. It was employed a quantitative methodology to select the judicial decisions to be analyzed. A qualitative methodological procedure was also employed, corresponding to the archeological discourse analysis, based on Michel Foucault, which aims the description of the enunciates - understood as functions of ordering and dispersion of the signs - in their historical extract. From the reading of the file, that is, of the selected judicial decisions, we identified the repetition of two statements of the legal discourse about the body: "a person is not a thing" and "the value of the human person is dignity as opposed to the value of useful things". We started from the verification of the ambiguity of the legal status of the body, which is sometimes framed as a person and sometimes as a thing, identified in the listed judicial decisions, to then undertake the description of the statements in their historical formation - which, mobilized together, make up a discourse, a way of talking about the body, and, thus, circumscribe the limit of what can be said in the legal field. Through this analysis it was possible to identify that the body is a legal construction shaped by the statement of the person - formulated by the interpretation of the Historical School of Law, in the 19th century, on Kant - and by the statement of human dignity - elaborated through the operationalization of the concepts of Kantian moral philosophy in the legal discourse with human rights. This set of statements is what forms the legal discourse on the body present in the analyzed decisions; it is the condition of possibility for the formulation of the body in law. It is this discourse that allows the existence of the body as an ambiguous discursive object, indirectly mentioned when it is framed as a person or a thing. Finally, we point out that this discursive production about the body is linked to state institutions, which also indicates a biopolitical regulation.

Keywords: legal discourse; legal status of the body; archaeology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 O PROCEDIMENTO ARQUEOLÓGICO NA ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS	9
1.1 O PROBLEMA DA VERDADE EM FOUCAULT	11
1.2 ARQUEOLOGIA, DISCURSO E ENUNCIADO NAS DECISÕES JUDICIAIS 23	
2 O ENUNCIADO DA PESSOA	35
2.1 A CATEGORIA JURÍDICA DA PESSOA E A DISPERSÃO DISCURSIVA DOS CORPOS	37
2.2 O CORPO NÃO É QUALQUER COISA	54
3 O ENUNCIADO DA DIGNIDADE	68
3.1 A CONVERSÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE HUMANA E O DUPLO EMPÍRICO TRANSCENDENTAL.....	70
3.2 A ELABORAÇÃO DISCURSIVA DA CONCRETUDE DA PESSOA.....	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS	116

INTRODUÇÃO

Em 2015, um colecionador retirou suas 1250 obras de arte do Museu MAC-Niterói (STRECKER, 2016). Em 2011, uma mãe e seu filho foram assassinados, sem ser possível saber quem morreu antes (BRASIL, 2011). Em 2010, Terezinha ficou com alguns bens de pequeno valor que Ney havia lhe destinado em um documento (BRASIL, 2010). Em 2017, Franciele interrompeu sua gravidez de feto que nasceria sem vida (BRASIL, 2017).

Tradução. Em 2015, ocorreu o encerramento de contrato de comodato firmado entre o Museu e o colecionador, que tinha por objeto essas específicas 1250 obras. Em 2011, devido ao homicídio cometido contra mãe e filho simultaneamente, constata-se comoriência. Em 2010, o codicílio redigido por Ney destinava, após sua morte, a tradição de alguns bens de pequeno valor à Terezinha. Em 2017, Franciele realizou legalmente o procedimento de interrupção de sua gravidez de feto anencéfalo, excluindo a possibilidade de incidência do tipo penal aborto.

Para cada uma das situações ocorridas descritas em linguagem comum, há um vocabulário técnico do direito. A abstração de um evento é tamanha relevância que Pontes de Miranda (2012, p. 65) chega a afirmar que o mundo jurídico é o subconjunto do mundo dos fatos, sendo que um fato só interessa ao direito se há uma regra jurídica que incida sobre ele. Seguindo esse raciocínio, há uma distância entre todos os eventos todos que ocorrem e os que têm relevância jurídica.

Sobre essa abstração e distância, Hermitte (1999, p. 1) afirma que “O direito não tem ambição de realidade, menos ainda de verdade, ele reinventa um outro mundo”¹. Os conceitos jurídicos enovelados ao longo da história é que modelam o objeto do direito (HERMITTE, 1999, p.1), convertendo o olhar²

¹ Do original: “Le droit n’a pas l’ambition de la réalité, moins encore de la vérité, il réinvente un autre monde. Le phénomène est paradoxal pour une instance qui organise concrètement le monde, part de la pratique des hommes et des choses et y retourne”

² A ideia de conversão do olhar pela palavra, conjugação entre saber e ver, é de Foucault. Em seu livro “O nascimento da clínica” (FOUCAULT, 2013), o autor descreve a invenção da medicina moderna a partir da instituição “Clínica” e no estabelecimento de um saber que tem por objeto a

comum em um olhar jurídico. Sendo assim, não se trata de reprodução da realidade, mas de figuração de uma parte do mundo.

Seguindo o raciocínio de Hermitte, os objetos do direito são construídos progressivamente ao longo da história pela variação das regras que lhe foram aplicadas. Há, até mesmo, momentos em que as regras jurídicas que incidem sobre um mesmo objeto são contraditórias, o que gera uma crise de categorias: “as operações do direito são poderosos reveladores da complexidade dos objetos e do caráter movente e paradoxal das construções que a sociedade lhes aplica” (HERMITTE, 1999, p.1).

No próprio saber jurídico há maneiras distintas de olhar para um mesmo evento: se mãe e filho são juntos assassinados por dois tiros diferentes, o direito penal identifica o homicídio e o concurso material, mas o direito civil identifica a comoriência e a sucessão. Hermitte (1999, p. 2) afirma que esses diferentes braços do direito são pontos de vista para olhar por ângulos diferentes o mesmo objeto que, por vezes, nem parece o mesmo: “Se, então, ‘o’ direito existe, ele aparece como manipulador de realidades múltiplas no qual a coerência não é nunca assegurada”. Há um entrelaçamento de maneiras de falar sobre algo, de possibilidades de visão.

Dentro da gama de objetos vigiados pelas construções jurídicas, há alguns assuntos privilegiados, áreas de disputa de significação e poder. O corpo é um deles. No caso em que mãe e filho foram assassinados sem ser possível saber quem morreu antes, foi simples ao juiz identificar a incidência do instituto da comoriência, previsto no art. 8 do Código Civil³. Contudo, para Franciele poder interromper sua gravidez de feto anencefalo foi necessária longa discussão jurídica para firmar a legalidade de tal ato, visto que o aborto é considerado crime no Brasil.

doença ou o corpo adoecido. Para ele, houve uma mudança linguística no modo de formular conceitos e os relacionar, o que permitiu o olhar médico se dirigir “ao que há de visível na doença, mas a partir do doente, que oculta este visível, mostrando-o; conseqüentemente, para conhecer, ele deve reconhecer” (FOUCAULT, 2013, p. 8-9).

³“Art. 8º Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.” (BRASIL, 2002)

Os diversos produtores do direito reformulam e reorganizam a massa de sedimentos conceituais acumulados ao longo da história - seja por meio de lei, jurisprudência ou redação de um contrato entre particulares (HERMITTE, 1999, p. 1). Esse modo de operar pode ser observado, dentre outras formas, em decisões judiciais.

Algumas decisões judiciais em específico expõem o conflito de olhares no direito. O corpo, que tem estatuto jurídico ambíguo (GEDIEL, 2000; CÔRREA, 2010; EDELMAN, 2009; HERMITTE, 1996; BAUD, 1993), expõe os limiares dos fundamentos do direito e as decisões judiciais sobre elementos extraídos do corpo humano radicalizam sua ambiguidade.

A presente pesquisa visa identificar os enunciados do discurso jurídico sobre o corpo por meio de uma análise de discurso arqueológica. Os documentos selecionados são decisões judiciais das cortes superiores do Brasil, datadas de 1998 a 2021, que têm em comum o tema “células-tronco”: ADI 3510 (STF), ADPF 54 (STF), RE 1005179 AgR (STF), RE 76524 AgR-Edv (STF), AgRg no Resp 1372597 (STJ), Resp 1291247 (STJ), AgInt no Resp 1454025 (STJ) e AgInt no Resp 1859807.

Assim, em primeiro lugar cabe apontar que o debate sobre o estatuto jurídico do corpo se inicia na segunda metade do século XX, com o avanço das biotecnologias: “O direito civil vive agora um dos mais importantes momentos de sua história, em que a distinção entre pessoas e coisas – sob a qual ele foi fundado – é violentamente confrontada com a explosão das biotecnologias⁴” (BAUD, 1993, p. 29).

Essa frase foi escrita na década de 1990 por Jean Pierre-Baud em um capítulo intitulado “O corpo, essa coisa incômoda”⁵. Nesse capítulo, o autor reflete sobre como o pensamento jurídico ocidental funciona a partir dos conceitos elaborados pelo direito romano, sobretudo pela distinção entre pessoas e coisas. Os assuntos considerados como jurídicos nessa tradição estão pautados nesse binômio, que estabelece a condição de possibilidade do

⁴Do original: “Ce droit civil vit maintenant l'un des plus importants moments de son histoire enc e que la distinction des personnes et des choses – sur laquelle il a été fondé – est violemment confrontée à l'explosion des biotechnologies”.

⁵Do original: “Le corps, cette encombrante chose”.

saber jurídico. Coisa incômoda é o corpo porque não tem ponto fixo nessa classificação, sua sacralidade e trivialidade o excluem dessa divisão fundamental do direito civil (BAUD, 1993, p. 29).

Foi somente no século XX que esse incômodo afetou, diretamente, os juristas e sua produção (BAUD, 1993, p. 17). O surgimento das biotecnologias nesse período coincide com a necessidade jurídica de falar sobre o corpo. Um famoso exemplo disso é o caso John Moore, de 31 de julho de 1988. Após ser diagnosticado com leucemia, Moore teve amostras de seu sangue, medula óssea e outros fluídos retirados pelo médico David Golde, da Universidade da Califórnia, após assinar um termo de consentimento. Em 1983, Moore descobriu que sua linha de células havia sido patenteada e vendida pelo médico para o Genetics Institute por 300 mil dólares. Diante disso, Moore processou o médico e a Universidade, obtendo êxito. O argumento sustentado pela Corte da Califórnia foi que o sangue e amostras de tecido são propriedade pessoal de um ser humano, que tem direito de dividir os lucros advindos de sua comercialização.

Tanto os advogados do médico quanto os de Moore sustentavam a tese de que partes destacadas do corpo podem ser categorizadas como coisa. Essa tese também reverbera em decisões judiciais brasileiras, como é o caso das células tronco, na ADI 3510 (BRASIL, 2008), que são consideradas como coisa pela sua finalidade terapêutica. Por outro lado, na ADPF 54 (BRASIL, 2012), é possível encontrar argumento que sustenta que um conjunto de células-tronco é vida humana, portanto, uma pessoa em potencial.

De todo modo, a palavra corpo gera incômodo para o direito. Essas decisões judiciais são exemplos de documentos em que a lógica jurídica de pessoa ou coisa é abalada pelo estatuto ambíguo do corpo. O uso de tecnologias para a proteção e produção da vida tem por um dos efeitos a exposição do limiar e da fragilidade dos construtos mais fundamentais que o direito herdou de Roma. Na década de 1990, Baud afirmou que as biotecnologias confrontavam a distinção jurídica entre pessoas e coisas e que esse era um dos momentos mais importantes da história do direito civil. Em 2021, quase trinta anos depois, esse confronto ainda permanece vivo.

A discussão teórica sobre o estatuto jurídico do corpo se estabeleceu sólida desde a década de 1970, com trabalhos que trazem à tona essa radicalização da lógica do direito civil⁶. Ainda assim, o corpo continua categorizado ora como coisa ora como pessoa em decisões judiciais, na doutrina jurídica majoritária e pelo ordenamento jurídico.

O Código Civil Brasileiro vigente estabelece em seu art. 13 (BRASIL, 2002) a proibição da disposição do próprio corpo se esta causar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes. Por outro lado, permite a disposição do próprio corpo por exigência médica - desde que seja gratuita. Essa regulação jurídica sobre a disposição do próprio corpo tem efeitos na materialidade, como nos transplantes de órgãos - invenção recente da técnica médica que força a adaptação jurídica da categorização do corpo. Ainda, segundo o art. 14 (BRASIL, 2002), o corpo pode ser disposto no todo para depois da morte para fins científicos ou altruísticos, remetendo o corpo morto sob a categoria jurídica de coisa. Gediel (2000, p. 146) explica que esses dispositivos tem fundamento o art. 199, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a vedação de todo e qualquer tipo de comercialização de material extraído do corpo. Essa proibição tem fundamento no princípio da dignidade humana, que afirma a pessoa como um fim em si mesma, impossibilitando-a de ser considerada como objeto. Por esse vínculo com a dignidade da pessoa humana, ao corpo e suas partes é atribuído um caráter extrapatrimonial (CHAVES, 1994, p. 86).

Essas vias de argumentação são constantemente amalgamadas e proliferadas em decisões judiciais. No Brasil, são milhares as decisões que versam sobre o corpo e suas partes desde 1988 nas Cortes Superiores⁷. Reitera-se constantemente a tutela do corpo pela dignidade humana e sua disposição pela ausência de personalidade.

⁶ São vastos os trabalhos com esse teor. Destacam-se como os mais relevantes para esta pesquisa os seguintes: GEDIEL, 2000; CÔRREA, 2010; EDELMAN, 2009; HERMITTE, 1996.

⁷ Tal fato foi averiguado através de pesquisa qualitativa desenvolvida pelo Grupo de Pesquisa Jurisprudencial sobre Corpo (UP/UFPR).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade⁸ n. 3510 tinha por assunto o uso terapêutico de células-tronco embrionárias. Especificamente, o Ministério Público ajuizou essa ação buscando a declaração de inconstitucionalidade do art. 5 e seus parágrafos da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança)⁹, que permitiam o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. A demanda não prosperou, pois o a Corte reconheceu os dispositivos como constitucionais, reafirmando a autorização da pesquisa em células tronco.

Escrito desse modo o problema e a conclusão dessa decisão parecem claros. Havia uma lei que permitia e regulamentava o uso de células-tronco, em seguida a instituição que tem por responsabilidade a defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade (BRASIL, 1981) questionou a regularidade de alguns artigos dessa lei, e, por fim, o judiciário decidiu que esses dispositivos estavam de acordo com a Constituição. Contudo, o modo como essa decisão foi construída é que tem seu grau de complexidade.

O uso de biotecnologias para a produção e proteção da vida sublinha ao direito o estatuto ambíguo do corpo há pelo menos 50 anos. Esse aspecto teórico é repetido em decisões como a ADI 3510, que transmutam, com o vocabulário jurídico, o corpo e suas partes em pessoas e coisas. Células-tronco embrionárias passam a ser distinguidas entre “embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos laboratorialmente ou in vitro”

⁸ O Brasil, como estabelecido em sua Constituição Federal, é um Estado Democrático de Direito, que adota a ideia de supremacia da Constituição. Nesse sentido, a Constituição é o documento legal que ocupa a posição mais alta na hierarquia das normas, de modo que todas as normas infraconstitucionais devem se pautar pelos preceitos estabelecidos na Constituição. Um dos mecanismos para garantir a efetividade dessa supremacia é o controle de constitucionalidade. Dentre as modulações do controle de constitucionalidade, destaca-se o controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que pode declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional mediante o ajuizamento de ações. A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Arguição de Descumprimento Fundamental são tipos de ações constitucionais que visam o controle concentrado de constitucionalidade.

⁹ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.” (BRASIL, 2005)

(BRASIL, 2012, p. 155) e embriões produzidos “espontaneamente ou in vida” (BRASIL, 2012, p. 155). O mesmo elemento se desdobra, o olhar é convertido com palavras.

A sutileza de classificações como essa e o raciocínio dedutivo a partir dos construtos jurídicos traz a impressão de naturalidade, obviedade e verdade do argumento e sua conclusão. Por outro lado, a despeito da fixidez lógica e da verdade pretendidas, partes do corpo fluem de um polo a outro numa mesma frase. Como a arbitrariedade de classificações sobre o corpo se tornou revestida de verdade? Como se tornou possível falar e olhar para o corpo ambigualmente no direito?

Na ADPF 54 (BRASIL, 2008), por exemplo, discutiu-se a possibilidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos: o corpo da mulher gestante é objeto de produção jurídica. Ao mesmo tempo em que quem decide sobre o corpo da mulher gestante de fetos anencéfalos é o Poder Judiciário, o fundamento jurídico utilizado é o da dignidade humana e autonomia – diferentemente do que ocorria em Roma. A fluidez de corpo-objeto e corpo-pessoa é pautada pela vida humana, classificação de corpo entre um corpo de mulher e um corpo de uma gestante:

É preferível arrancar essa plantinha ainda tenra do chão do útero do que vê-la precipitar-se no abismo da sepultura. Nem essa opção a mulher gestante tem? Ela, que é mais do que mulher, é mulher e gestante? Um plus de subjetividade humana?. (BRASIL, 2008, p. 265)

Na ausência de uma explicação lógica, a arbitrariedade dessas classificações do corpo ou de suas partes aparece. A dificuldade em lidar com os termos “fetos anencéfalos” ou “células-tronco” remontam a ambiguidade da palavra “corpo”, que é radicalizada nas tentativas de enquadrar na ordem jurídica esses elementos extraídos do corpo físico: os limiões da construção jurídica do corpo erigidos no direito romano tornam-se, assim, carne exposta.

São diferentes palavras com diferentes sentidos que tem o “corpo” como mesmo referente. A constante e repetida proliferação dessa inexatidão de significado tem por efeito a naturalização de construções conceituais históricas, como a “humanidade”, a “personalidade” e a “dignidade”, que são tomadas como verdades. Mas, pensando com Foucault, não há naturalidade em constructos e

não há verdade exata por torções de ambiguidades; o corpo é superfície de inscrição do poder.

Da leitura das decisões judiciais pode-se perceber um aspecto difícil de analisar. Dentro do amontoado de frases, proposições e atos de fala contidos nessas páginas, há elementos repetidos, ideias conjugadas sempre do mesmo modo que, na sua repetição, produzem sentidos diferentes e tais sentidos têm efeito material¹⁰. Por exemplo, a frase “o corpo é protegido em sua integralidade como bem da personalidade” e a frase “células destacadas do corpo não têm a tutela da personalidade, podendo ser objeto de pesquisa científica” têm a mesma ideia por trás: personalidade se opõe à propriedade e deve-se proteger a vida. Essas frases, proferidas num documento jurídico de eficácia nacional, tem efeito no mundo. Além disso, apesar do sentido diferente das frases, a ideia repetida é a mesma. Essa ideia não é uma frase, não é uma proposição e não é um ato de fala, escapando à análise gramatical ou lógica. Pela dificuldade de analisar essas formulações repetidas, encontrou-se em Foucault um procedimento: a arqueologia do discurso.

Para tanto, é necessário introduzir o debate sobre a ambiguidade do estatuto jurídico do corpo (Introdução), explicitar o funcionamento do procedimento arqueológico e sua relação com as decisões judiciais em questão (Capítulo 1), e, por fim, realizar a descrição dos enunciados e identificar seu momento histórico de invenção (Capítulo 2 e 3). Foram identificados dois enunciados no curso da pesquisa, o enunciado da pessoa e o enunciado da dignidade. A análise do enunciado da pessoa parte de sua identificação em seu momento histórico de formulação (2.1) para compreender como o corpo é construído juridicamente por meio dessa função enunciativa (2.2). O mesmo percurso é traçado para analisar o enunciado da dignidade, parte-se da descrição do enunciado em sua formulação histórica (3.1) para identificar como o corpo é construído a partir desse enunciado da dignidade (3.2).

¹⁰ A materialidade do discurso é tese sustentada na arqueologia de Foucault. Esse aspecto será desenvolvido no capítulo sobre o procedimento arqueológico.

1 O PROCEDIMENTO ARQUEOLÓGICO NA ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS

Há esses dois jovens peixes nadando juntos e acontece deles encontrarem um peixe mais velho nadando na direção oposta, que acena para eles e diz, “Bom dia, garotos, como está a água?” E os dois jovens peixes continuam nadando mais um pouco e, então, em algum momento um deles olha para o outro e diz, “O que diabos é água?”¹¹ – David Foster Wallace

Nome da instituição, número de registro da decisão, data de divulgação, data de publicação, número do ementário, número da página, data do julgamento, nome do tribunal, nome da ação, nomes das partes no processo (relator, requerentes, intimados e advogados), ementa, resumo, acórdão, data, assinatura do relator. Esses são os itens formais das páginas iniciais das decisões judiciais selecionadas para esta pesquisa. O uso específico dessas palavras e a ordem de sua disposição já é motivo de investigação, aí já há um enunciado¹².

O conceito de enunciado é elaborado por Foucault para explicitar o procedimento da arqueologia em comparação com a história das ideias, com a gramática, com a lógica proposicional e com a teoria dos atos de fala. Justamente elabora esse conceito para evidenciar o rigor da arqueologia, que - em uma de suas definições - é um procedimento de descrição da função enunciativa com relação à sua formação discursiva e ao sistema geral de arquivo em que aparece um discurso.

A presente pesquisa opera com essa base conceitual. A escolha pela arqueologia para analisar as decisões judiciais se deve ao objeto analisado. Percebeu-se, na leitura das decisões selecionadas, a persistência de uma ideia escrita com palavras diferentes e repetida várias vezes ao longo dos textos e que, além disso, moldava o modo pelo qual se falava dos problemas jurídicos evocados. Nos termos de Foucault, percebeu-se um enunciado que formava um

¹¹Do original: “There are these two young fish swimming along, and they happen to meet an

older fish swimming the other way, who nods at them and says, “Morning, boys, how's the water?” And the two young fish swim on for a bit, and then eventually one of them looks over at the other and goes, “What the hell is water?””¹² Ver tópico 1.2.

discurso. Isso não quer dizer que numa decisão judicial não estejam presentes elementos que favoreçam outro tipo de análise – seja pela sociologia, pela hermenêutica, pela linguística, pela estatística ou qualquer outra área com um método de interpretação -, mas que o objeto identificado primeiramente foi um enunciado e que é a arqueologia o procedimento que permite identificar e descrever enunciados. Trata-se, portanto, de uma pesquisa arqueológica de decisões judiciais.

Mais especificamente, aborda-se um conjunto selecionado de decisões judiciais sobre o corpo nos Tribunais Superiores do Brasil a partir de 1988. O tema “corpo” foi escolhido devido a ambiguidade de seu estatuto jurídico e, portanto, pela possibilidade de radicalização de categorias tomadas como antagônicas no direito civil: pessoa e coisa.

Como uma das características desse tema é sua omissão, isto é, a sua formulação por meio de outras palavras, metáforas ou analogias, foi necessário escolher um termo de busca para delimitar um conjunto de decisões judiciais a serem analisadas, um arquivo. Esse momento quantitativo da pesquisa foi realizado na plataforma eletrônica oficial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, preenchendo o campo da opção pela busca de jurisprudência. O lapso temporal determinado foi de 1988 à 2019, da promulgação da Constituição Federal à data de início da busca. O termo de busca estabelecido foi “células-tronco”, já que, por se tratar de parte do corpo, destaca o enquadramento jurídico ambíguo de coisa ou pessoa. Sendo assim, o objeto geral dessa pesquisa é esse conjunto de decisões judiciais determinado temporalmente e geograficamente e, sobretudo, o discurso jurídico sobre o corpo que estas efetuaram.

Como saber que uma cor é igual a outra? Em seus escritos sobre as cores, Wittgenstein (1987, p. 78) diz que a resposta para essa questão depende do método de comparação. “Não basta aprender o que tem de se dizer em todos os casos sobre um objeto, mas também como devemos falar dele. Temos sempre de começar por aprender o método de abordar.”

Independentemente das implicações epistemológicas dessa afirmação para a teoria das cores, há também um aspecto metodológico. Segundo Veiga-

Neto (2009, p. 84), essa afirmação traz duas outras ideias sobre o método. Em primeiro lugar há a tese assumida por Wittgenstein¹³ de que não existem objetos independentes no mundo, precedentes a qualquer abordagem, aguardando serem percebidos. Em segundo lugar, a ideia de que os objetos só podem ser percebidos quando há um método¹⁴. Nas palavras de uma arqueologia do olhar¹⁵, só é possível ver um objeto quando o olhar foi convertido pelas palavras que o criaram: o objeto é sempre construído por um saber. Por isso, o presente capítulo trata exclusivamente de uma explicação do funcionamento do método, ou melhor, do procedimento¹⁶ empregado para analisar decisões judiciais.

A perspectiva é que molda a matéria, a abordagem é indissociável da construção do objeto. Essa ideia, que em Foucault advém das influências da epistemologia de Bachelard e Canguilhem (MACHADO, 1988, p. 11) também é relevante para o percurso da presente pesquisa. Dada a necessidade do rigor na análise, é necessário fixar o vocabulário da arqueologia de Foucault e explicitar o seu funcionamento, além de justificar seu uso na análise de decisões judiciais. Nesse sentido, será necessário marcar o que significam os conceitos de enunciado, função enunciativa, discurso, formação discursiva, arquivo e arqueologia – além de marcar que tais formulações conceituais nascem a partir do problema da verdade em Foucault.

1.1 O PROBLEMA DA VERDADE EM FOUCAULT

Foucault é um pensador influente. Em uma rápida pesquisa desse nome em plataformas de bibliotecas digitais, como Jstor e Scielo, encontra-se milhares de resultados. Há publicações nas mais diversas áreas temáticas, como na

¹³A aproximação entre Foucault e Wittgenstein não é ponto de discussão dessa pesquisa, muito embora essa relação encontre amplo debate nos estudos foucaultianos - como em Selman (1988), Marshall (2001), Veiga-Neto (1996).

¹⁴Nesse caso, recorre-se à definição etimológica. Método, como afirma Veiga-Neto (2009, p. 84), é uma palavra de origem grega que resulta da soma das palavras “*meta* – ‘para além de’ – e *odos* – ‘caminho’, ‘percurso’; isso é, um método é o caminho que nos leva para um lugar”.

¹⁵Arqueologia do olhar é o termo utilizado por Roberto Machado para distinguir o momento da arqueologia de Foucault em que se investiga a relação da episteme de um período com a distribuição das visibilidades.

¹⁶Foucault se afasta da tradição que pensa o método com um sentido cientificista moderno, da “ideia de um método imutável, sistemático e universalmente aplicável” (MACHADO, 1990, p. 28)

educação, filosofia, psicologia, linguística, sociologia, antropologia, ciências aquáticas, arquitetura, ciências da computação, cinema, direito e horticultura – para citar alguns exemplos.

Essa variedade de áreas pode ser justificada pela ausência de delimitação quanto à área do saber nos textos de Foucault - escolha ativa do autor, que argumenta pela arbitrariedade das divisões de saberes. Nos seus escritos, o autor atravessa várias disciplinas com suas análises. Na *História da Loucura* (1972), por exemplo, a loucura aparece relacionada a fenômenos de significação social, econômica, moral, jurídica, política e científica – o que exige, de certa forma, a interdisciplinaridade nas análises, de modo que a resposta para a pergunta “o que é a loucura?” varia conforme a configuração de um período histórico (MACHADO, 1988, p. 175).

Além disso, Foucault, em vários momentos, devido à sua própria atitude, reiterava que suas pesquisas não eram a verdade última e nem o limite para o que outros desejam fazer, como afirma no curso *Em defesa da sociedade* (FOUCAULT, 2019, p. 3): “considero-os inteiramente livres para fazer, com o que eu digo, o que quiserem. São pistas de pesquisa, ideias, esquemas, pontilhados, instrumentos: façam com isso o que quiserem”¹⁷.

Existem, portanto, muitas maneiras de fazer algo com o que Foucault produziu. No âmbito da pesquisa, há quem diga que os textos do autor são como uma “caixa de ferramentas”¹⁸ – visão explorada por Deleuze (1998, p. 71) em seu diálogo com Foucault. Veiga-Neto (2006, p.3) cita, para exemplificar, como ferramentas conceituais dessa caixa as relações entre poder e saber, os processos de subjetivação, o método arqueológico, o método genealógico, a ética, a loucura, a governamentalidade e o discurso. Sob esse aspecto, Courtine

¹⁷ Em entrevista para Roger-Pol Droit, Foucault afirma: “Meu discurso é, evidentemente, um discurso intelectual e, como tal, opera nas redes de poder em funcionamento. Contudo, um livro é feito para servir a usos não definidos por aquele que o escreveu. Quanto mais houver usos novos, possíveis, imprevistos, mais eu ficarei contente. Todos os meus livros, seja História da loucura seja outro podem ser pequenas caixas de ferramentas. Se as pessoas querem mesmo abri-las, servirem-se de tal frase, tal ideia, tal análise como de uma chave de fenda, ou uma chave-inglesa, para produzir um curto-circuito, desqualificar, quebrar os sistemas de poder, inclusive, eventualmente, os próprios sistemas que meus livros resultaram... pois bem, tanto melhor!” (FOUCAULT, 2006a, p.52)

¹⁸ Diz o autor: “Uma teoria é como uma caixa de ferramentas. Nada tem a ver com o significativo... É preciso que sirva, é preciso que funcione.” (DELEUZE, 1998, p. 71)

(2013, p. 7), ao desenvolver seu próprio trabalho, afirma que se trata de “pensar *com* Foucault” e não “pensar *sobre* Foucault”. Em outras palavras, não se trata de interpretar e nem comentar a obra do filósofo, muito menos de se colocar na posição de herdeiro de seu pensamento. Por outro lado, pensar com Foucault é realizar um trabalho que parte da potência de seus ensinamentos.

Pensar com Foucault é primeiramente reencontrar em seu ensinamento uma incitação que jamais me parece ter sido nele desmentida: aquela da liberdade de pensar, que deve se aplicar àquilo que pode ser feito hoje com a massa considerável dos escritos que ele nos legou (COURTINE, 2013, p. 7)

Segundo esses autores, Foucault, além de permitir o uso irrestrito de suas contribuições, também incitava essa liberdade de pensar. Assim, a presente pesquisa também adota essa modalidade de uso: pensar com Foucault, movimentar pelo impulso de suas palavras.

Courtine afirma, então, em seu livro, que pensar com Foucault é também fazer o que ele fez: apostas intelectuais. Uma de suas apostas é que o corpo é o enigma que atravessa toda a obra de Foucault: “a decifração deste enigma ocupa o coração mesmo de seu pensamento filosófico, talvez tanto quanto ele o inquietava enquanto sujeito” (COURTINE, 2013, p. 8). Citando um sonho que o próprio Foucault relatou ter, o antropólogo pontua que diante dessa preocupação central na obra foucaultiana, também é central a genealogia como decifração do corpo, isto é, a articulação entre história, linguagem e corpo – como explicitado em *Nietzsche, la généalogie, l’histoire* (FOUCAULT, 1971, p. 145-172). De todo modo, Courtine (2013, p. 9) explica que essa é também a perspectiva de seu próprio trabalho, “discernir a impregnação profunda da história sobre o corpo, antes que ela mesma não a apague”.

Essa aposta de Courtine também cabe para a presente pesquisa, em que o corpo do discurso jurídico oscila na categorização entre pessoa e coisa, deixando à vista os vestígios de outros momentos históricos e afetando a carne dos que estão sujeitos à autoridade da lei. A história dos corpos é, nada mais, que a história dos discursos sobre o corpo e dos olhares que lhe são dirigidos. É escavar e reconstruir o modo como se fala e como se olha para algo hoje.

Para realizar isso Foucault lançou mão de conceitos como discurso, enunciado, formação discursiva, arqueologia, dispositivo, genealogia etc. Tais

conceitos são também mobilizados por Courtine (2013, p. 9), que retoma como estes tem um uso, a saber, “descobrir a parte de história no cotidiano de nossos corpos, forjar os instrumentos que permitem compreendê-la”. Os conceitos são ferramentas para compreender a história marcada nos corpos.

Sendo assim, o corpo é objeto de discurso e também um problema aos que realizam esse estudo histórico dos saberes: “exige o exame lento, minucioso e paciente de um amontoado considerável de materiais discursivos”, diz Courtine (2013, p. 11), mas que, mesmo após inúmeras repetições de enunciados, ainda é preciso prestar atenção em objetos discursivos que aparecem repentinamente. Isso faz com que haja a necessidade de readaptação do procedimento arqueológico a cada objeto – algo que Foucault faz também, podendo-se até afirmar que sua obra é fragmentada e que os livros em que é empreendida uma arqueologia são bastante diferentes um dos outros; Machado (1988), inclusive, identifica três modalidades diferentes da arqueologia em Foucault: arqueologia do olhar, arqueologia da percepção, arqueologia do saber.

Além da necessária readaptação do procedimento, também há especificidades em trabalhar com os discursos sobre o corpo, já que este é uma invenção recente. O corpo exercia apenas um papel secundário na filosofia até o século XX, apesar de já ser objeto das ciências da vida (COURTINE, 2011, p. 12). Apareceu tardiamente nas ciências humanas porque estas não se preocupavam com objetos das ciências da vida e, ainda, buscavam distância de objetivos práticos e políticos os quais o alvo era o corpo. Essa invenção do corpo como objeto de saber data da virada do século XIX para o XX e é percebida e trabalhada por autores como Freud, Husserl, Merleau-Ponty e Mauss – de modo que “o corpo foi religado ao inconsciente, colado ao sujeito e inscrito nas formas sociais da cultura” (COURTINE, 2013, p. 14).

Courtine (2013, p. 15) aponta que foi sobretudo a partir das transformações políticas e mutações sociais dos anos 1960 e 1970 que houve uma irrupção do corpo, algo que, segundo ele, poderia ser verificado também na fala de feministas francesas da época, como Antoinette Fouque. Assim, estudar o corpo também passou a ser estudar os mecanismos de poder.

Cabe destacar, com relação à presente pesquisa, que uma decisão judicial é um documento vinculado a um mecanismo de poder, a saber, o sistema judiciário e, sobretudo, o Estado. O vínculo entre corpo, aparelhos disciplinares e Estado é estudado por Foucault em sua analítica do poder. Apesar desta pesquisa não ter como fundamento teórico principal os textos da genealogia, vale destacar que os enunciados descritos tem relação direta com os jogos de poder. Por isso, leva-se em consideração que, como apontado em *Vigiar e Punir*, o corpo é alvo de uma tecnologia política, de uma microfísica do poder.

Mas o corpo é também diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder operam sobre ele uma influência imediata; elas investem contra ele, o marcam, o adestram, o supliciam, o constroem a trabalho, o obrigam a cerimônias, cobram dele signos” (FOUCAULT, apud, Courtine, 2013, p. 16).

Sobre isso, Courtine fala, retomando Foucault: “Se o poder é forte, é porque ele produz em igual medida aquilo que proíbe”. Prossegue a citação de Foucault:

Na linha mesma de suas conquistas, emerge, inevitavelmente a reinvigoração do corpo contra o poder, da saúde contra a economia, do prazer contra as normas morais. E, desse fato, a razão pela qual o poder era forte se torna a razão pela qual o poder é atacado. O poder se antecipou no corpo, ele se encontra exposto no corpo mesmo (FOUCAULT, apud, Courtine, 2013, p. 17).

Como dito, esta pesquisa não trabalha com a fase da analítica do poder, portanto não cabe explorar o aspecto genealógico dos efeitos do poder sobre os corpos. O recorte é somente arqueológico, mas isso não significa que os enunciados descritos e identificados no momento histórico de seu surgimento não tenham relação com a materialidade pelo poder, apenas que esse aspecto foge do escopo dessa dissertação¹⁹.

Por outro lado, importa explorar a fase da arqueologia. Para isso, é necessário discutir o problema da verdade em Foucault, dando destaque a prevalência dos fatos históricos, ao argumento pela negação dos universais e a noção de singularidade (1.1). Após o delineamento desse problema, resta apresentar os conceitos de discurso, enunciado e arqueologia e a relação entre

¹⁹O texto desenvolvido nessa pesquisa é produto de uma arqueologia, mas sua finalidade é genealógica – baseando-se no projeto da crítica, como explicitado por Foucault em “O que são as luzes?” e sustentado por Veyne (2009, p. 10) como crítica histórica.

o procedimento arqueológico e seu uso para análise das decisões judiciais selecionadas, bem como apresentar as hipóteses (ou apostas intelectuais, conforme categorizado por Courtine) desta pesquisa (1.2).

Em uma entrevista na década de 1970, perguntam a Foucault (2006b) como ele se definiria, se era um filósofo ou um historiador. Em resposta, diz que não se encaixa em nenhuma dessas classificações, mas que poderia ser chamado de um pirotécnico. Com isso afirma que é alguém que fabrica algo que serve para destruir, derrubar muros²⁰. Soler (2013, p. 505) afirma que o trabalho do pirotécnico seria observar “... com ceticismo o terreno no qual se encontra, procurando brechas no arenoso campo das práticas políticas visando à implosão de tudo aquilo que se coloca como verdade”.

Vê-se que mesmo nessa discussão sobre o estatuto do intelectual está implicada a relação entre verdade e poder, além de remeter à ideia de caixa de ferramentas mencionada acima. Contudo, essa relação da verdade com o poder só é sobrelevada por Foucault após seu livro *Arqueologia do Saber* (1969), enquanto que o problema da verdade é mais antigo na trajetória do autor – de modo que é possível afirmar que o problema da verdade é fio condutor para a obra de Foucault, desdobrado mais tarde pelo que considera como atitude crítica (CANDIOTTO, 2010, p. 16).

A obra de Foucault registra um pensamento de deslocamentos estratégicos, apesar disso há várias tentativas de sistematizar seu pensamento (como a divisão em fases) ou, ao menos, de estabelecer um fio condutor de análise (CANDIOTTO, 2010, p. 15). Também há tentativas de delinear que tipo de trabalho Foucault fez, alguns afirmam que ele é um cético²¹ (VEYNE, 2009; SOLER, 2013) e outros que é um pragmático (DELEUZE, 2004; RAJCHMAN, 2000).

Veyne (2009, p. 9; p. 45) escreve que Foucault não era estruturalista, nem produto de maio de 1968 e muito menos niilista, apenas era um cético. “Um

²⁰Essa é a discussão sobre o papel do intelectual em Foucault. Ver Soler (2014), Candiotto (2010) e Artièrs (2004)

²¹O próprio Foucault afirmou, em entrevista, que era um cético, na medida em que não afirmava qualquer verdade universal. “Eis o ponto fulcral: Foucault duvida de qualquer verdade demasiado geral e de todas as nossas grandes verdades intemporais, nada mais, nada menos”. (VEYNE, 2009, p. 45)

cético que acreditava unicamente na verdade dos inúmeros fatos históricos que enchem todas as páginas dos seus livros, e nunca na verdade das ideias gerais”.

A única verdade para Foucault são os fatos históricos – o que implica também a ideia de singularidade, adiante explicitada. Assim, de acordo com Veyne (2009, p. 10), para entender o pensamento de Foucault é preciso ter em mente duas coisas principais: a) o que está em jogo na história humana é a verdade; b) para analisar uma época, o conhecimento histórico precisa identificar “as verdades gerais nas quais os espíritos dessa época estavam, sem saber, encerrados, quais peixes num aquário”. Veyne utiliza essa metáfora do aquário para ilustrar o problema da verdade em Foucault. Propõe esse experimento imaginativo da seguinte maneira:

Em cada época os contemporâneos encontram-se assim fechados em discursos como em aquários falsamente transparentes, ignoram quais são e até que existe um aquário. As falsas generalidades e os discursos variam através do tempo; mas, em cada época, passam por verdadeiros. De tal modo que a verdade é reduzida a dizer a verdade, a falar conforme o que se admite ser verdade e que fará sorrir um século mais tarde. (VEYNE, 2009, p. 19)

Sendo assim, o ceticismo de Foucault sobre essas falsas generalidades dispõe da originalidade em trabalhar a verdade no tempo de um modo que o passado seria, conforme Veyne (2009, p. 19), “apenas um vasto cemitério de grandes verdades mortas”. Também nessa metáfora está a ideia de que a sociedade é produto dos discursos e dispositivos de sua época, não o princípio ou o fim de toda explicação (VEYNE, 2009, p. 29). Deleuze (2004, p. 66), na mesma esteira, afirma que cada formação histórica vê e faz ver tudo o que ela pode, e que esse é o grande princípio histórico de Foucault: tudo está sempre dito à cada época, não havendo nenhuma outra realidade por trás, nenhum sentido escondido (DELEUZE, 2004, p. 61), somente discursos - acontecimentos com data, lugar e explicação:

Produtos de uma história e reflexos não adequados do seu objeto, os sucessivos discursos são diversos consoante os séculos, o que basta para mostrar sua inadequação. Assim que se explicita um discurso, a sua arbitrariedade e os seus limites aparecem. (...) A explicitação de algumas singularidades conduz assim, por indução, a uma crítica do conhecimento e do mundo tal como é. (VEYNE, 2009, p. 43)

Isso quer dizer, também em conformidade com Deleuze (2004, p. 61), que não há nada a ser visto por trás das cortinas, sendo que seria mais importante descrever as cortinas do que tentar encontrar um sentido por trás

delas. Desse modo, a descrição do discurso jurídico sobre o corpo, visado nesta dissertação, tem por efeito a explicitação de sua arbitrariedade e de seus limites, além da finalidade de estabelecer uma crítica do saber jurídico, abdicando a busca por um sentido por trás dessas construções. Ademais, como já mencionado, essa pesquisa resguarda vínculo com a ideia de crítica, que Veyne (2009, p. 43) relaciona o ceticismo em dois sentidos - seja no sentido de crítica do conhecimento, como em Kant, mas também como uma crítica ativa, de atitude, voltada para a ação.

Sendo assim, o ceticismo de Foucault tem um limite, pois não nega todas as verdades, mas apenas as verdades gerais e, sobre elas, exerce uma crítica geral, sem um objeto determinado (VEYNE, 2009, p. 51). Isto porque o objeto é sempre produto de um discurso, de modo que até os conceitos “discurso”, “objeto”, “referente”, “enunciado”, por exemplo, dependem do que está sendo analisado: “paz aos pequenos fatos, guerra às generalidades” (VEYNE, 2009, p. 40). Essa constatação tem respaldo na postura epistemológica de Foucault, na qual a realidade está sempre estruturada discursivamente (SCHAEFFER, apud VEYNE, 2009, p. 55).

É com esse mesmo argumento que Deleuze (2004, p. 59) afirma que Foucault é um pragmático, pois para este não haveria nada além de *práticas* discursivas de enunciados e *práticas* não discursivas de visibilidades. Por isso, na explicação desse filósofo, falar e ver, enunciados e visibilidades, são as condições *a priori* de um momento de formulação de ideias e manifestação de comportamentos (DELEUZE, 2004, p. 67).

Dessa forma, as verdades gerais são construções discursivas, que direcionam o modo como é possível falar e ver o mundo em uma época histórica. Que tudo nas realidades humanas traz uma contingência radical os historiadores já sabiam - de modo que, para eles, não há invariantes históricas, nem essências e nem objetos naturais (VEYNE, 2009, p. 11) -, mas Foucault parte dessa ideia para questionar o próprio funcionamento da verdade, na relação da linguagem com o objeto visado. Diante desses questionamentos, extrai-se que o conhecimento não é um espelho da realidade, mas uma concepção especular do saber e que o objeto material não está separado da forma através do qual conhecemos. “O objeto na sua materialidade não pode ser separado dos

quadros formais através dos quais o conhecemos e que Foucault [...] designa por discurso” (VEYNE, 2009, p. 11). Por isso a epígrafe: isso é água. Não obstante, a metáfora do aquário.

Na interpretação de Veyne (2009, p. 32), há sempre um aquário cujos vidros laterais não são percebidos, sempre há discursos incontornáveis e não é possível, portanto, encontrar a verdade verdadeira – e nem simplesmente sair do aquário. Assim, o autor afirma que essa redoma é o *a priori* histórico, instância variável construída pelos humanos e que também constrói os humanos, na medida em que circunscreve as possibilidades do ver, falar e fazer pelo entrecruzamento de discursos.

Diante desse profundo ceticismo com as verdades gerais, da concepção de fato histórico como única verdade possível e da noção de que a realidade é produto de discursos, é que Foucault se insere no debate da filosofia do seu tempo com relação ao problema da verdade. Veyne (2009, p. 45-46), inclusive, relata uma conversa com Foucault²² em que este se compara com Heidegger e Wittgenstein:

Uma noite em que falávamos do mito, ele dizia-me que a grande questão, para Heidegger, era saber qual era o fundo da verdade; para Wittgenstein, era saber o que se dizia quando se dizia a verdade; << mas, na minha opinião, a questão é: o que faz com que a verdade seja tão pouco verdadeira? >>; a verdade ou, pelo menos, as verdades de cada época.

Nesse sentido, para se investigar a arbitrariedade das verdades em cada época, Foucault teve de elaborar um procedimento hermenêutico – já que tanto as ciências quanto as filosofias tem um vínculo fundamental com verdades gerais, ou ao menos uma pretensão de verdade universal. Como fazer uma análise arqueológica?

A verdade analisada sob o ponto de vista histórico é descontínua e construída sempre na relação com os discursos transpassados em cada época. Para captar esse aspecto de descontinuidade e, assim, analisar o discurso fora das continuidades irrefletidas, Foucault (1969, p. 38-39) afirma que é preciso

²²Um outro aspecto que distingue Foucault de outros filósofos da sua época é que para investigar a verdade, ele parte da história e não do Ser (VEYNE, 2009, p. 19). Isto é, parte daquilo que as pessoas fazem e dizem considerando como verdade, não de uma verdade universal que incide sobre o falar e dizer dessas pessoas.

afastar dois temas: a) a afirmação de que para além de todo começo aparente há uma origem secreta; b) a afirmação de que todo discurso manifesto repousa sobre um já-dito. Para empreender uma análise arqueológica “não é preciso reenviar o discurso à distante presença da origem; é preciso o tratar no jogo de sua instância”²³ (FOUCAULT, 1969, p. 39). Para a realização desse projeto, é preciso pôr em suspenso as formas de continuidade não problematizadas que, segundo Foucault (1969, p. 39), já não podem mais ser admitidas – afinal nem se sabe o motivo pelo qual eram aceitas. Assim, em vez de buscar pela origem do discurso, busca-se conhecer as regras das justificações, circunscrever as condições de legitimidade das análises e indicar as inadmissibilidades.

Veyne (2009, p. 20-21) chega a dizer que esse procedimento é um positivismo hermenêutico, na medida em que Foucault visava elucidar o sentido de algo, mas sem buscar uma verdade universal – apenas queria compreender aquilo que alguém diz ou faz. Em outras palavras, esse procedimento consistiria em “compreender o mais exatamente possível o que o autor do texto quis dizer em seu tempo” (VEYNE, 2009, p. 20), e seria um positivismo hermenêutico no sentido de que “não podemos conhecer nada de seguro sobre o eu, o mundo e o bem, mas compreendemo-nos entre nós, vivos ou mortos”. No lugar de partir dos universais, como estrutura das práticas concretas, parte-se das próprias práticas e do discurso que elas supõem. Isso faz com que Foucault descubra a inexistência dos universais.

Pode-se argumentar que as diferenças ao longo da história têm por fundo um processo de evolução, mas, para Foucault (1969, p. 34), a própria noção de evolução tem por finalidade o reagrupamento de dispersões sob um mesmo princípio. Portanto, noções como a de evolução²⁴ já estariam sob a suspeita da arqueologia, que tem como objetivo o questionamento das sínteses que estão sob um critério de universalidade (FOUCAULT, 1969, p. 34). Assim, as próprias unidades que propõem uma continuidade devem ser questionadas,

²³Do original: “Il ne faut pas renvoyer le discours à la lointaine presence de l’origine ; il faut le traiter dans le jeu de son instance.”

²⁴Outras unidades ou princípios de organização que devem ser postos em suspenso na análise arqueológica são a do livro e da obra, já que são sempre capturados em um jogo de reenvios entre outros livros, textos e frases, de modo que “sua unidade é variável e relativa. Desde que a interroguemos, ela perde sua evidência; ela não indica a ela mesma, ela não se constrói senão a partir de um campo complexo de discurso”. (FOUCAULT, 1969, p. 35-36)

pois elas derivam de uma teoria, que é criada a partir de fatos de discurso em um campo determinado (FOUCAULT, 1969, p. 40).

Quando se suspende as formas de continuidade, aparece o domínio do conjunto de enunciados efetivos como dispersão de eventos (FOUCAULT, 1969, p. 41). Esse movimento da arqueologia é comparado por Veyne (2009, p. 23) com o *disegno*²⁵: arte de captar a individualidade apagando os estereótipos. Em outras palavras, a tarefa de alguém que investiga a história pela via foucaultiana é distinguir rupturas nas continuidades enganadoras, é uma conversão do olhar. Essa hermenêutica do discurso leva a termo um dos caminhos da investigação histórica, que principia o não apagamento da cor local e temporal, em outras palavras, visa “explicitar a originalidade de uma formação histórica sem aí procurar naturalidades ou razoabilidades, de acordo com a nossa tendência demasiado humana para a banalização, arriscando mesmo o anacronismo”. (VEYNE, 2009, p. 26). Trata-se de fazer surgir uma singularidade, de localizar os vetores desses acontecimentos com data, lugar e explicação que são os discursos, pela sua descrição. Foucault (1969, p. 66) explica que há uma diferença entre os procedimentos de análise histórica das descrições, pode-se partir das coisas para dizer ou, então, inversamente, identifica-se as palavras e conceitos que a ciência da época dispunha e, após isso, expõe-se a “grelha” que foi posta sobre o conjunto das plantas e animais.

Deleuze (2004, p. 25) afirma que na arqueologia é necessário partir de palavras, frases e proposições, escolhidas em torno de diversas camadas de poder e resistência, por meio das quais se forma um *corpus* determinável, mas variável com relação ao problema colocado. Após a constituição desse *corpus* é que se torna possível identificar o modo como a linguagem se reúne e se dispersa (DELEUZE, 2004, p. 26).

Seguindo essa orientação, a presente pesquisa reúne oito decisões judiciais sobre temas diferentes, mas que correspondem ao problema da ambiguidade do corpo no direito e visa analisar a maneira pela qual a linguagem

²⁵Conforme Lichtenstein (2019, p. 21), a palavra *disegno* foi empregada por artistas e teóricos da arte no Renascimento. Tem vários significados, como modo de desenhar ao mesmo tempo que se projeta um plano ou, então, forma ou ideia, expressão de uma representação. De todo modo, Veyne intenta destacar esse aspecto de entrecruzamento de significados, formando uma rede com uma configuração particular.

sobre o corpo é disposta nesses documentos. Trata-se de identificar os jogos de verdade, ou procedimentos do verdadeiro, através da proposição de uma série de questões sobre os limiares da formação histórica em que esse *corpus* documental está constituído.

Na primeira parte da *Arqueologia do Saber*, Foucault (1969, p. 109) estabelece um conjunto de diretrizes para que seja possível uma arqueologia: a) suposição da existência de formações discursivas; b) abandono das unidades “livro” e “obra”; c) não tomar como princípio de unidade as leis de construção do discurso e nem a situação do sujeito falante; d) não relacionar o discurso ao solo primeiro de uma experiência nem à instância a priori de um conhecimento; e) interrogar o discurso nele mesmo sobre suas regras de formação; f) empreender longas investigações sobre o sistema de emergência dos objetos, de aparição e distribuição dos modos enunciativos, de posicionamento e dispersão dos conceitos, de implementação de escolhas estratégicas. Essas diretrizes balizam o trabalho empreendido nesta dissertação.

A investigação arqueológica tem que ver com a identificação do funcionamento de jogos de verdade como produtos históricos específicos e com a prevalência do discurso sobre o real. Nisso está implicada uma ideia histórica da verdade, que condiz com a negação dos universais. Por consequência, se essa análise não se pauta pelas noções de particular e universal, então do que se trata? Segundo Foucault (1969, p. 42-43), trata-se de capturar o enunciado e a singularidade de seu evento, determinar suas condições de existência, conhecer seus limites e as correlações entre enunciados, mostrar quais exclusões essa singularidade produz, em suma, é perguntar “qual é essa existência singular que aparece no que se diz e em nenhum outro lugar?”, é restituir a singularidade do evento ao enunciado.

Para Veyne (2009, p. 22), o efeito que se tem por negar os universais é apenas existirem singularidades. Desse modo, não só os enunciados seriam singulares, mas também os discursos – pela sua estranheza e pela impossibilidade de classificação numa generalidade.

Adiante os conceitos de enunciado e discurso serão melhor explicitados. Por ora, cabe destacar que as consequências de negar os universais são

contundentes. Sem universal, não é possível conhecer o absoluto, não há uma verdadeira história da humanidade e muito menos um sentido para essa história: “temos de renunciar às verdades gerais e definitivas: a metafísica, a antropologia filosófica ou a filosofia moral e política são outras tantas vãs especulações. (VEYNE, 2009, p. 46-47)

A ideia de singularidade é fruto do aspecto fragmentário da verdade, da impossibilidade de totalidade. Também, essa ideia remete à singularidade enquanto acontecimento, evento. Dessa forma, discurso e enunciados são acontecimentos históricos singulares, com suas características próprias e únicas, que não podem ser analisadas através de uma estrutura ou de uma grelha conceitual geral. Com a impossibilidade de ler acontecimentos através de generalidades, então é preciso um procedimento hermenêutico sem verdades, que em vez de encontrar estruturas universais por trás do dito, descreva-o em sua singularidade. Por isso, o problema da verdade levou Foucault à inauguração da arqueologia, procedimento de descrição dos discursos como acontecimentos no seu nível histórico.

Sendo assim, após essa delimitação do problema da verdade na arqueologia de Foucault, é necessário fixar o vocabulário, explicar o que se entende por discurso, por enunciado e por arqueologia. Também é necessário destacar o uso dessas ferramentas conceituais para a análise de decisões judiciais sobre o corpo.

1.2 ARQUEOLOGIA, DISCURSO E ENUNCIADO NAS DECISÕES JUDICIAIS

O conceito de discurso em Foucault não tem relação com a retórica e nem com a estrutura de um texto. Também não tem importância analisar o discurso em sua instância causal, já que não é produzido por ninguém e nem identificado à um sujeito em particular. Como afirma Araújo (2007, p. 3), “importam as noções de mobilidade, aproximação, o modo como o discurso isola temas e objetos, e se ajusta a conteúdos concretos”.

Essa noção móvel de discurso é necessária para o projeto de uma análise que não se reporte à uma verdade universal. Também se retoma que, para Foucault (1969, p. 49), há uma prevalência do discurso sobre o objeto, pois estes são construídos e transformados por aqueles. É um jogo de regras que torna possível a aparição de objetos, é esse jogo que permite a individualização de um objeto e sua diferenciação – seja na “prática cotidiana, na jurisprudência, na casuística religiosa, no diagnóstico dos médicos [...]”²⁶ (FOUCAULT, 1969, p. 49). A unidade do discurso é justamente esse jogo de regras que define a transformação dos diferentes objetos do discurso, por isso Foucault (1969, p. 50), afirma que definir um conjunto de enunciados (discurso) em sua individualidade consiste em descrever a dispersão dos seus objetos, em “formular sua lei de repartição”²⁷.

O discurso, de um modo geral, é um conjunto de enunciados. Contudo, esse conjunto de enunciados tem sempre relação com uma formação histórica. Veyne (2009, p. 32), na metáfora do aquário, afirma o discurso está sempre circundado por uma redoma, um *a priori* histórico – com ênfase de que esse *a priori* é algo cambiante e que pode ser alterado. Para entender a relação entre discurso e formação histórica é preciso, antes, estabelecer o que não ele não é.

Veyne (2009, p. 32-34) explicita que o discurso não é uma superestrutura ou uma ideologia, porque independem das relações de dominação. “Longe de serem ideologias enganadoras, os discursos cartografam aquilo que as pessoas fazem e pensam realmente, e sem o saberem” (VEYNE, 2009, p. 33-34). Veyne afirma que os discursos são como óculos que permitem e delimitam a percepção de todos aqueles, dominantes ou dominados, que vivem em determinada época, direcionando seu pensamento e sua ação.

Também afirma que o discurso não é uma infraestrutura no sentido marxista, como instância material que determina as superestruturas. Isto porque a função do conceito de discurso é heurística, apenas para atingir a singularidade de um acontecimento, não para revelar nenhuma estrutura superior regente.

²⁶Do original: objets qui se différencient dans la pratique quotidienne, dans la jurisprudence, dans la casuistique religieuse, dans le diagnostic des médecins (...)

²⁷Do original: formuler leur loi de répartition”.

Além disso, o discurso também não é uma instância distinta que determina a evolução histórica, pois é simplesmente o fato de que cada fato histórico seja uma singularidade, um território anômalo que escapa às universalidades. Por isso, Veyne (2009, p. 34) diz que o discurso é a forma da singularidade de um fato histórico, “logo, faz parte desse objeto singular, é-lhe imanente, não é mais do que o traçado das fronteiras históricas de um acontecimento”. É uma abstração que designa a singularidade de um acontecimento, “da mesma maneira que o funcionamento de um motor não é uma das peças desse motor, é a ideia abstrata de que o motor funciona” (VEYNE, 2009, p. 34).

O discurso para Foucault (1994, p. 299) também está em relação à um dispositivo. Ele põe em jogo um conjunto de “discursos, instituições, arranjos arquiteturais, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas, abreviando: do dito tanto como do não dito”. Portanto, as decisões judiciais selecionadas para esta pesquisa compõem um dispositivo e são compostas de discursos, que instituem um modo de falar e calar sobre o corpo. O discurso explica o motivo para que algo seja visto ou omitido (VEYNE, 2009, p. 39). Além disso, o discurso tem sua materialidade, sempre reportado à um suporte histórico e institucional em que opera (ARAÚJO, 2007, p. 7).

As formações discursivas são, portanto, uma grelha conceitual composta de discursos. Foucault (1969, p. 56-57), afirma que as formações discursivas são sistemas de dispersão e de criação de regularidades de um conjunto de enunciados. Nessas formações discursivas há também regras de formação, que são a condição de existência dos elementos dessa formação, através da qual estes são dispersados. Deleuze (2004, p. 29) diz que formações históricas são camadas sedimentares de positividade e empiricidade, “feitas de coisas e palavras, de ver e de falar, de visível e de dizível, de praias de visibilidade e campos de legibilidade, de conteúdos e de expressões”. O trabalho do arqueólogo é escavar essas camadas, analisar o jogo da aparição e dispersão das unidades sobrepostas historicamente (FOUCAULT, 1969, p. 51).

O enunciado é um evento ligado a outros enunciados que o precedem e o sucedem (FOUCAULT, 1969). Como já dito, um enunciado é um

acontecimento histórico singular, assim como o discurso. Então, qual a diferença entre enunciado e discurso?

Nos textos anteriores à *Arqueologia do Saber* (1969), Foucault utilizava o termo “enunciado” para se opor a “discurso”, de modo que o enunciado seria o átomo do discurso (FOUCAULT, 1969, p. 110-111). Assim o fazia para distinguir o procedimento arqueológico de outras modalidades de investigação sobre a linguagem, como a gramática, a lógica e a teoria dos atos de fala. No percurso da *Arqueologia do Saber*, o autor reformula a noção de enunciado, abandonando a ideia de unidade do discurso – isto porque a arqueologia, como investigação de discursos como acontecimentos históricos, necessita de mobilidade, de modo que dispensa noções como as de unidade. Ainda assim, na tentativa de estabelecer um conceito de enunciado a ser utilizado por essa pesquisa, cabe retomar o percurso de Foucault em sua formulação.

Como intentava estabelecer a arqueologia como um procedimento original e autônomo, as primeiras definições de enunciado são negativas. Em primeiro lugar, o enunciado não é uma frase – portanto não é objeto da gramática. Em segundo lugar, o enunciado não é uma proposição – então não é objeto da lógica. E, por fim, o enunciado não é um ato de fala – sendo assim, não é objeto da teoria dos atos de fala. (FOUCAULT, 1969, p. 111)

O enunciado não é uma proposição porque é possível formular uma proposição com vários enunciados. O exemplo é “Ninguém escutou” e “É verdade que ninguém escutou”²⁸, que são equivalentes do ponto de vista lógico, mas diferentes quando considerados como enunciados – porque não tem o mesmo lugar no discurso (FOUCAULT, 1969, p. 111-112). Uma proposição tem um referente, um estado de coisas visado extrínseco a si. Um enunciado só deriva de outro enunciado, seu objeto é discursivo (DELEUZE, 2004, p. 17). Assim, para essa pesquisa, o corpo é um objeto discursivo²⁹, pois é construído por meio de enunciados, sem um referente próprio.

Também não é uma frase porque existem enunciados que escapam à estrutura gramatical da frase. O exemplo é de uma série de palavras na

²⁸Do original: “Personne n’a entendu” e “Il est vrai que personne n’a entendu”

²⁹Sobre isso: Courtine (2011, p. 8-18)

gramática de latim com a conjugação do verbo *amare* no indicativo do presente: *amo, amas, amat*. Não há uma frase, mas “o enunciado das diferentes flexões pessoais do indicativo do presente do verbo *amare*”³⁰ (FOUCAULT, 1969, p. 113). Outro exemplo de enunciado que não é uma frase seria uma tabela de classificação das espécies botânicas. Também como exemplo há equações, gráficos, uma curva de crescimento, uma pirâmide etária. (FOUCAULT, 1969, p. 113-114).

Além disso, não é um ato de fala porque este somente delimita a intenção do indivíduo que fala, enquanto que o enunciado, ou conjunto de enunciados, precede o próprio ato de fala, na medida em que este é articulado a partir daquele. (FOUCAULT, 1969, p. 115)

Como exemplo de enunciado, Foucault (1969, p. 118) menciona uma tabela de números ao acaso utilizada por estatísticos, conjunto de símbolos numéricos interligados sem estrutura sintática. Outro exemplo, também usado por Deleuze (2004, p. 12), tem relação com o teclado de computador. As letras do teclado não são um enunciado e nem o teclado mesmo é um enunciado, mas a série de letras AZERT (ou QWERT, no teclado padrão), enumeradas em um manual de datilografia “é o enunciado da ordem alfabética adotada pelas máquinas francesas”³¹ (FOUCAULT, 1969, p. 119). Como não há nenhuma construção linguística regular, essa série ordenada é um enunciado.

As palavras, frases, proposições, sujeitos ou objetos são somente funções derivadas de enunciados (DELEUZE, 2004, p. 18). Assim, num espaço de multiplicidade de frases e proposições, os enunciados são raros. Essa raridade advém do modo de funcionamento das frases e proposições, que a cada vez que exprimem uma ideia acabam por omitir outras: “cada frase é ainda engrossada de tudo aquilo que ela não diz, de um conteúdo virtual ou latente que multiplica seu sentido, e que se oferece à interpretação, formando um << discurso escondido >>” (DELEUZE, 2004, p. 12). Por outro lado, os enunciados são inseparáveis de seu espaço de raridade, distribuídos por um princípio. O enunciado não é virtual nem possível, é sempre real e toda sua realidade é

³⁰Do original: “l'énoncé des différentes flexions personnelles de l'indicatif présent du verbe *amare*”

³¹Do original: est l'énoncé de l'ordre alphabétique adapté par les machines françaises.

manifesta, “só conta aquilo que foi formulado, em tal momento, e com tais lacunas, tais brancos”³² diz Deleuze (2004, p. 13), em conformidade com a ideia de materialidade do discurso. Diante dessa raridade, poucas coisas podem ser ditas quando se trata de enunciados. Sobretudo porque o enunciado é sempre uma emissão regular de singularidades. É regular porque está sempre relacionado às regras da formação discursiva onde as singularidades são distribuídas e reproduzidas.

Essa é uma regularidade enunciativa. (...) Ela procura somente estabelecer a regularidade dos enunciados. (...) O enunciado é o objeto específico de um acúmulo a partir do qual se conserva, se transmite ou se repete (DELEUZE, 2004, p. 14).

Assim, todo enunciado está em relação à uma formação discursiva, que estabelece sua regularidade. Só há um espaço extrínseco ao enunciado ou às formações discursivas: as formações não-discursivas – “instituições, eventos políticos, práticas e processos econômicos”, exemplifica Deleuze (2004, p. 19), para quem uma instituição sempre advém de enunciados, que sempre estarão relacionados à uma instituição. A via entre relações discursivas com os meios não discursivos é o limite do que se é possível dizer e ver. As formações discursivas são o limite de onde se fala, o horizonte do qual aparecem os enunciados. Como já observado, na relação entre discursivo e não-discursivo está a ideia de dispositivo e da materialidade do discurso. Para Deleuze (2004, p. 20), é justamente essa relação com a materialidade que permite o enunciado ser repetido, que singularidades sejam dispersadas em relação a um meio institucional.

Contudo, isso não quer dizer que o enunciado tenha um referente no mundo. O enunciado tem um objeto discursivo próprio que não se confunde com o objeto visível: o visível não é o enunciável, falar não é ver (DELEUZE, 2004, p. 68). Foucault (1969, p. 121), afirma que o enunciado - apesar de ser composto de signos não definíveis individualmente e de ter certa materialidade em coordenadas espaço-temporais - tem um modo de existência diferente do que tem a língua ou os objetos da percepção: o enunciado é uma função. Seu modo de existência singular está para além das frases, proposições ou atos de fala,

³²Do original: seul compte ce qui a été formulé, là, à tel moment, et avec telles lacunes, tels blancs.”

porque é ele que torna possível dizer se há ou não uma, frase, proposição ou ato de fala, ou então permite dizer se a frase está correta, ou “se a proposição é legítima e bem formada, se o ato está conforme os requisitos e se ele foi belo e bem efetuado” (FOUCAULT, 1969, p. 119-120). Por isso o autor afirma que o enunciado não é uma unidade, mas uma função.

Mais que um elemento dentre outros, mais que um corte localizável em um certo nível de análise, trata-se sobretudo de uma função que se exerce verticalmente com relação à essas diversas unidades, e que permite dizer, a propósito de uma série de signos, se elas estão presentes ou não. O enunciado, então, não é uma estrutura (isto é, um conjunto de relações entre elementos variáveis, autorizando assim um número possivelmente infinito de modelos concretos) ; é uma função de existência que pertence propriamente aos signos e a partir da qual pode-se decidir, então, por análise ou intuição, se eles << fazem sentido >> ou não, segundo qual regra eles se sucedem ou se justapõe, de quê eles são signos, e qual tipo e ato se encontra efetuado pela sua formulação (oral ou escrita). (...) ele não é uma unidade, mas uma função que cruza um domínio de estruturas e de unidades possíveis e que as faz aparecer, com conteúdos concretos, no tempo e no espaço”³³ (FOUCAULT, 1969, p. 119-120)

Assim, o enunciado é uma função singular, material e repetível. É o enunciado que permite a existência de conjuntos de signos e a atualização de suas regras ou formas. Foucault destaca quatro características da função enunciativa. Essas características servem para balizar a análise arqueológica, orientam a descrição dos enunciados.

A primeira estabelece que um enunciado existe fora da possibilidade de sua reparição e a relação que tem com aquilo que enuncia não é o mesmo que um conjunto de regras de uso, é uma relação singular. Diferentemente de uma proposição, o enunciado não tem um referente, mas somente um referencial – que permite dizer se a proposição tem ou não referente. Assim, a relação entre proposição e referente não serve de modelo ao enunciado, porque não está no mesmo nível discursivo e aparece somente depois do enunciado. Também, o

³³Do original: il s'agit plutôt d'une fonction qui s'exerce verticalement par rapport à ces diverses unités, et qui permet de dire, à propos d'une série de signes, sielles y sont présentes ou non. L'énoncé, ce n'est donc pas une structure (c'est-à-dire un ensemble de relations entre des éléments variables, autorisant ainsi un nombre peut-être infini de modèles concrets) ; c'est une fonction d'existence qui appartient en propre aux signes et à partir de laquelle on peut décider, ensuite, par l'analyse ou l'intuition, s'ils << font sens >> ou non, selon quelle règle ils se succèdent ou se juxtaposent, de quoi ils sont signe, et quelle sorte d'acte se trouve effectué par leur formulation (orale ou écrite). Il ne faut donc pas s'étonner si on n'a pas pu trouver pour l'énoncé des critères structuraux d'unité ; c'est qu'il n'est point en lui-même une unité, mais une fonction qui croise un domaine de structures et d'unités possibles et qui les fait apparaître, avec des contenus concrets, dans le temps et l'espace.”

enunciado não pode ser pensado na relação frase e sentido, porque é somente dentro de uma relação enunciativa determinada que se pode relacionar uma frase com seu sentido. Assim, o referencial do enunciado é o conjunto de domínios onde determinadas relações podem ser feitas e determinados objetos podem aparecer. Esse referencial é feito de leis de possibilidade, regras de existência e relações de afirmação ou negação, então nada tem que ver com coisas, fatos, realidades ou seres. Assim, a descrição enunciativa deve ser feita por uma análise das relações entre o enunciado e os espaços de diferenciação. (FOUCAULT, 1969, p. 123-126).

A segunda característica estabelece que o sujeito do enunciado é uma função vazia e determinada, porque não é necessário que seja a mesma de um enunciado a outro. O enunciado não é produto de um sujeito transcendental (FOUCAULT, 1969, p. 134). O sujeito de um enunciado é definido pelo conjunto de seus requisitos e possibilidades, é uma posição, não uma consciência. Assim, descrever uma formulação de um enunciado não é analisar a relação entre o autor e o que ele disse, mas “determinar qual é a posição que pode e deve ocupar todo indivíduo por ser o sujeito”³⁴ (FOUCAULT, 1969, p. 132).

A terceira característica estabelece que a função enunciativa não existe sem um domínio associado, está sempre em relação à um campo enunciativo adjacente: “um enunciado tem sempre as margens povoadas de outros enunciados” (FOUCAULT, 1969, p. 134). Um campo enunciativo é um domínio onde se exerce a função enunciativa em relação a outras. Esse campo é constituído de um conjunto de formulações que permitem a ordenação, coexistência e proliferação dos enunciados. (FOUCAULT, 1969, p. 134-138)

A quarta característica da função enunciativa é que o enunciado tem existência material. Um enunciado sempre tem um suporte, um lugar e uma data – elementos que não estão separados de sua existência. A enunciação é um evento irrepitível, uma singularidade datada e irreduzível ligada a uma materialidade institucional. A regularidade e a repetibilidade dos enunciados

³⁴Do original: déterminer quelle est la position que peut et doit occuper tout individu pour en être le sujet

dependem, então, do campo em que é utilizado, em sua relação com alguma instituição. (FOUCAULT, 1969, p. 138-145)

Dessa maneira, a descrição arqueológica deve resguardar que o enunciado não é uma unidade linguística, mas uma função. Essa função enunciativa coloca em jogo as diversas unidades (frases, proposições, fragmentos de frases, séries, tabelas, conjunto de signos, formulações, etc) em relação a um campo de objetos, que forma coordenadas. Também, não há um sujeito da função enunciativa, mas posições possíveis de enunciação. Além disso, não há uma identidade da função enunciativa, somente um formato vazio, repetível e usável – singular a cada repetição e a cada uso -, sempre em relação à um campo enunciativo.

Por essa argumentação, Foucault (1969, p. 147-148) estabelece o conceito de enunciado como “modalidade de existência própria a tal conjunto de signos”³⁵, uma função que permite a ordenação de um conjunto de signos que diz respeito à um domínio de objetos, que prescreve posições a sujeitos possíveis e é dotada de uma materialidade repetível. Por sua vez, discurso é o “conjunto de enunciados que advém de um mesmo sistema de formação”³⁶ (FOUCAULT, 1969, p. 149). Essas definições não são excertos de termos de outras teorias, mas elaborações para possibilitar uma análise descritiva. Assim, descrever um enunciado é “definir as condições nas quais é exercida a função que deu à uma série de signos (...) uma existência específica”³⁷ (FOUCAULT, 1969, p. 150).

A análise enunciativa, então, só contém coisas ditas sobre frases pronunciadas ou escritas, descrição de singularidades que as faz existir e permite sua repetição e transformação, em relação à uma formação histórica vinculada às instituições. Desse modo, é uma análise histórica da linguagem efetiva, uma descrição do enunciado em sua especificidade.

³⁵Do original: la modalit  d'existence propre   cet ensemble de signes

³⁶Do original: ensemble des  nonc s qui rel vent d'un m me syst me de formation

³⁷d finir les conditions dans lesquelles s'est exerc e la fonction qui a donn    une s rie de signes (celle-ci n' tant pas forc ment grammaticale ni logiquement structur e) une existence, et une existence sp cifique.

Apesar da mobilidade da arqueologia, que é adaptável ao objeto discursivo analisado e à sua formação histórica, Foucault afirma que há quatro ideias que estão no coração de todas as análises desse tipo: 1) a análise do enunciado e da formação discursiva são feitas correlativamente; 2) a regularidade dos enunciados é determinada pela formação discursiva; 3) o discurso é um conjunto limitado de enunciados, que estabelecem condições de existência para objetos discursivos; 4) a condição de exercício da função enunciativa é composta de regras formadas historicamente e determinadas no tempo e no espaço, com relação a uma época específica, com suas condições sociais, econômicas, geográficas e linguísticas. (FOUCAULT, 1969, p. 162).

A definição dos conceitos de discurso, formação discursiva e enunciado são cruciais para a compreensão do funcionamento da arqueologia como procedimento de análise fundado pela negação das verdades universais. Sendo assim, cabe estabelecer o que é a arqueologia e qual seu uso específico sobre decisões judiciais.

Assim como os outros conceitos de Foucault, arqueologia é um termo móvel. O seu significado depende do uso empregado pelo autor, portanto, depende do seu objeto de análise. Machado (1988) indica que existem várias arqueologias: na *História da Loucura* (1972) uma arqueologia da percepção, no *Nascimento da Clínica* (2013) uma arqueologia do olhar e no *As palavras e as coisas* (1966) uma arqueologia do saber. Este capítulo sobre o procedimento arqueológico tem por finalidade estabelecer o uso desses termos para uma análise de documentos históricos, especificamente decisões judiciais, que tenha por base a suspensão da verdade e a negação dos universais. Portanto, não cabe empreender uma exegese dos textos de Foucault senão para fixar um uso dos conceitos – conforme o próprio autor autoriza e incita a realizar. Destaca-se, apesar disso, que não se trata de uma análise deslocada da discussão sobre a verdade em Foucault. Trata-se do uso de um projeto, do manejo de conceitos com a finalidade prática para compreender uma parte da história jurídica marcada em corpos.

E esse projeto é o da arqueologia como descrição dos eventos discursivos e seus sistemas de dispersão. É uma descrição porque visa a positividade do que é dito, o enunciado, não uma interpretação de sentidos

escondidos (DELEUZE, 2004, p. 24-25): tudo está sempre dito a cada época (DELEUZE, 2004, p. 61 e FOUCAULT, 1969, p. 39). Também, como afirmado, essa descrição dos enunciados sempre é acompanhada da descrição da formação histórica a qual pertencem. Descrever a função que permite a existência e conjugação de uma série de signos, então, depende da descrição das positivities (palavras, dizível) e das empiricidades (coisas, visível)

A tarefa da arqueologia, segundo Deleuze (2004, p. 60), é dupla: a) a extração de enunciados em correspondência à uma formação histórica, a partir de palavras; b) a extração das visibilidades de cada extrato, a partir das coisas. Destaca-se que o conceito de “visibilidades” é definido pelo autor como forma de distribuição daquilo que é visto e daquilo que não é visto.

As decisões judiciais selecionadas formam um arquivo, conjunto delimitado de uma série de palavras organizadas, advindo de uma instituição. Assim, uma arqueologia que tenha por arquivo decisões judiciais sobre corpo visa extrair os enunciados que formam um discurso jurídico sobre o corpo em sua relação com uma formação histórica, além de extrair o modo de distribuição dos olhares sobre o corpo que o vocabulário jurídico tornea.

O uso do procedimento arqueológico para a análise de decisões judiciais sobre o corpo permite identificar elementos únicos constitutivos desses documentos. São escavados sedimentos históricos de discursos singulares que marcam corpos de uma população em uma época. O emprego dessa modalidade de análise em documentos jurídicos é feita já por Foucault em *Vigiar e Punir*, mas com necessidade anunciada desde sua arqueologia. Para o autor, categorias reflexivas, princípios de classificação, regras normativas, tipos institucionalizados, são os fatos de discurso que merecem ser analisados e que não tem caráter universal (FOUCAULT, 1969, p. 35). Trata-se de um movimento para entender a produção da verdade sobre o corpo no direito, a partir da análise do discurso de oito decisões judiciais.

Além disso, como o termo de busca utilizado foi “células-tronco”, todas essas decisões judiciais reproduzem de algum modo argumentos da medicina. Veyne (2009, p. 26) explicita que “o saber médico justifica um poder, esse poder põe em ação o saber e todo um dispositivo de leis, de direitos, de regulamentos,

de práticas, e institucionaliza o todo como sendo a própria verdade”. Desse modo, o vínculo entre produções jurídicas e medicina está nas relações de saber-poder – explicitar essas relações já é uma prática de arqueologia. A descrição dos enunciados sobre o corpo é um esforço para compreender o modo como é produzida sua verdade jurídica, que é correlata de efeitos de poder.

A história das concepções da própria verdade é uma tarefa do domínio jurídico, diz Veyne (2009, p. 37-38), tanto que é este o projeto de Foucault em *Vigiar e Punir*, como estabelecido no texto *A verdade e as formas jurídicas* (1973, p. 13): “demonstrar como certas formas de verdade podem ser definidas a partir da prática penal”. Nessa pesquisa, por sua vez, o domínio jurídico é do discurso sobre o corpo no direito privado.

Por isso, tem-se cinco principais hipóteses iniciais, apostas intelectuais: a) há enunciados que se repetem durante um período de tempo em decisões judiciais diferentes; b) esses enunciados formam um discurso jurídico sobre o corpo; c) esse discurso jurídico sobre o corpo consta provavelmente em qualquer outra decisão judicial que fale sobre corpo no Brasil a partir de 1988; d) como o discurso pode ser pensado como produto de uma história e reflexo não adequado de seu objeto, pode-se considerar que as ambiguidades de uma decisão judicial sobre o corpo revelam, então, a presença de um discurso; e) apesar da análise se centrar nas positividades escritas dos textos das decisões judiciais, não se exclui as empiricidades. Isto é, tem-se como hipóteses que esses discursos jurídicos sobre o corpo movimentam um dispositivo, composto de outros elementos, seja de poderes, instituições, edifícios e etc.

As decisões judiciais serão analisadas em conjunto. Cada capítulo desta dissertação corresponde a um enunciado do discurso jurídico sobre o corpo. Nos capítulos, esse enunciado é descrito e relacionado à sua formação histórica. Além das decisões judiciais também são utilizados textos teóricos que embasam o arcabouço conceitual das formações discursivas identificadas.

2 O ENUNCIADO DA PESSOA

Sete minutos foi o tempo que sobreviveu Maria Vida. Sua morte interrompeu o julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.025/RJ, pois com esse evento a ação perdeu objeto. Gabriela Oliveira Cordeiro, de 18 anos, foi quem ajuizou essa ação - pedia a interrupção da gravidez, já que se tratava de gestação de feto anencéfalo. (BREVE, 2004).

Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. (...) Eu queria ter tirado uma foto dela ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. (FERNANDES, 2007, p. 138)

Esse caso ocorreu em 2004. Anos mais tarde, Érica, Camila e Michele, grávidas de fetos anencéfalos, puderam antecipar o parto. A primeira disse que manter a gravidez “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo e, no final, eu não ia tê-lo”. Camila, por sua vez, afirmou que “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. Ela mexendo me perturbava muito”. E Michele disse que a decisão por interromper a gestação teve por efeito “aquietar aquilo que estava se passando”. (BRASIL, 2012, p. 63).

O corpo da gestante, objeto do discurso jurídico. Barriga, útero, líquido amniótico e cordão umbilical são algumas das partes desse corpo mencionadas. Cérebro, córtex, neocórtex, lóbulos frontais, substrato neural e tálamo são algumas das partes que faltam ao feto anencefálico. O jogo das classificações médicas recorta em partes o corpo, num discurso cujo objeto é a doença³⁸: a anencefalia é uma patologia letal. Ao discurso jurídico é o que importa: se não há vida em potencial, não há personalidade; se não há personalidade, não há proteção. Rosa Weber, em seu voto, explicita o funcionamento da conversão de um evento sobre o corpo pelo discurso médico e após pelo discurso jurídico:

Ocorre que a proteção ou não do feto anencéfalo, da ótica constitucional, não há de decorrer puramente de critérios esposados pela Medicina em um dado momento, mas sim dos critérios jurídicos

³⁸ver tópico 3.1. Sobre o discurso médico moderno, ver. Foucault (2011) e Branco (2018).

que envolvem o conceito de vida. Com isso quer-se dizer que, da circunstância de a Medicina descrever determinado fenômeno como fato não decorre o dever jurídico de protegê-lo ou ignorá-lo. Em suma, a ciência não pode determinar um dever de proteção a partir de um fato que considera verdadeiro ou falso. (BRASIL, 2012, p. 95),

Isto é, para nomear o que é vida e estabelecer sua proteção ou seu desamparo é mobilizado o arcabouço conceitual jurídico, não unicamente os critérios científicos. Sobre o corpo da gestante de feto anencéfalo incidem múltiplos olhares, balizados pelas palavras do discurso médico e do discurso jurídico. A partir desses olhares o corpo é criado como objeto discursivo ao mesmo tempo em que o discurso sobre o corpo é formulado. No arquivo de textos da presente pesquisa o corpo e suas partes aparecem sempre emoldurados por duas funções enunciativas: a) pessoa difere de coisa; b) o valor da pessoa humana é a dignidade.

O presente capítulo consiste na investigação da primeira função enunciativa destacada. Como se trata de uma análise de discurso que segue o procedimento arqueológico, é necessário identificar a repetição de enunciados na formação de um discurso. Segue-se a tarefa da arqueologia (DELEUZE, 2004, p. 60) e busca-se a extração de enunciados sobre o corpo correspondentes à sua formação histórica, além da identificação do que é possível ser dito e o que é interdito.

Particularmente, este capítulo consiste numa investigação sobre o enunciado da pessoa. Da fundação romana antiga do direito privado às decisões judiciais do arquivo, passando pela interpretação sistemática da Escola Histórica do Direito do século XIX, a noção de pessoa aparece no discurso jurídico com a mesma forma³⁹: pessoa difere de coisa.

Ainda que existam figuras ambíguas tanto no direito romano (o escravo) quanto nas decisões judiciais selecionadas (o corpo), essa ambiguidade é

³⁹ Destaca-se, contudo, que sob a arqueologia foucaultiana, não há universais e não há continuidades. Assim, quando se fala da repetição de um enunciado é somente para demarcar a formação histórica analisada a partir do arquivo de decisões judiciais. Não se visou identificar o funcionamento da episteme romana ou de outros períodos, mas apenas delimitar o uso do enunciado da pessoa nesse arquivo. A referência ao direito romano e à escola histórica não é uma tentativa de identificar a transmissão de um mesmo enunciado numa história contínua, pois isso seria justamente ontologizar a noção de pessoa - o que é contrário ao procedimento arqueológico. Por isso, trata-se somente da descrição dos enunciados e da exploração das referências históricas que as próprias decisões ou a doutrina mencionam.

produzida justamente pela possibilidade de distinção entre pessoa e coisa. No discurso jurídico o corpo é construído como elemento ambíguo e a categoria de pessoa é que fomenta a possibilidade de falar do corpo ambigualmente - já que opera como uma função de partição, dividindo os elementos do discurso jurídico entre pessoa e coisa.

Elementos aderem ao discurso jurídico na medida em que são filtrados por essa partição entre pessoa e coisa – e o corpo provoca a evidência desse modo de classificação, na medida em que figura os dois polos: ora pessoa, ora coisa. Assim para realizar a análise do discurso jurídico sobre o corpo, é necessário delinear: a) qual o enunciado da pessoa, o que significa o corpo construído como pessoa e qual o momento histórico de formação desse enunciado? (2.1); b) como o corpo é construído como coisa a partir desse enunciado? (2.2);

2.1 A CATEGORIA JURÍDICA DA PESSOA E A DISPERSÃO DISCURSIVA DOS CORPOS

Na classificação médica, um mamífero adulto é um organismo composto por vários tipos diferentes de células que compõem diversos tecidos. Dentre esses vários tipos de células, os tecidos possuem células-tronco. Tais células se caracterizam pela sua capacidade de proliferação e diferenciação, com isso têm a função de renovação dos tecidos. Além de serem encontradas em organismos adultos, também são encontradas no estágio embrionário, logo após a divisão do zigoto (célula produzida pela fecundação do ovócito pelo espermatozoide) (FUCHS, TUMBAR & GUASCH, 2004).

Em 1969, foi publicado o primeiro artigo científico que descrevia o registro completo de uma fertilização *in vitro* com êxito e, portanto, também da possibilidade de produção de células-tronco embrionárias em laboratório (JOHNSON, 2019, p. 85).

Em 2008, foi julgada, pelo Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, ajuizada pelo Procurador Geral da República, que visava a declaração de inconstitucionalidade do art. 5 da Lei de Biossegurança.

Tal artigo previa a permissão de pesquisas com células tronco embrionárias produzidas *in vitro*.

Na petição inicial de tal ação, argumentava-se que células-tronco embrionárias são vida humana em potencial. Como o ordenamento jurídico estabelece a proteção da dignidade da pessoa humana e sua indisponibilidade, essas células não poderiam ser usadas para pesquisa. A questão jurídica, então, é sobre a possibilidade de disponibilização de células-tronco embrionárias *in vitro*. O Ministro Cezar Peluso, em seu voto, afirma que esse tipo de células não são vida, pois não serão inseridas no útero e jamais se tornarão uma pessoa – assim, argumenta pela sua disponibilidade. Em nota de rodapé da mesma página, o ministro esclarece que afirmar que algo é disponível significa torná-lo uma “coisa (res)” (BRASIL, 2008, p. 505). Por outro lado, se esse conjunto de células estivesse dentro de um útero, poderia ser considerado como uma vida em potencial e, desse modo, gozaria da proteção jurídica atribuída à pessoa.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em 2012, que versou sobre a possibilidade de interrupção antecipada da gravidez de feto anencéfalo, a questão jurídica também é modulada pelos termos pessoa e coisa. A Ministra Carmén Lúcia, em seu voto, explica da seguinte maneira:

O que estamos deliberando é sobre a possibilidade jurídica de uma pessoa ou de um médico ajudar aquela pessoa que esteja grávida de um feto anencéfalo a livremente fazer a escolha sobre qual o melhor caminho a ser seguido, quer continuando ou não com essa gravidez. (BRASIL, 2012, p. 173)

Enquanto o médico e a gestante são enquadrados como pessoas, o feto anencéfalo emerge como objeto anômalo ao discurso – questiona-se qual a sua posição na classificação dos elementos do direito.

No discurso jurídico, o corpo e suas partes são enquadrados pelo jogo operado com os termos pessoa e coisa. Entretanto, não se encontra, nessas decisões judiciais, uma definição para o que seja pessoa ou para o que seja coisa – são termos usados com significado pressuposto. Dessa maneira, investiga-se qual o uso da palavra pessoa (2.1) e qual o uso da palavra coisa (2.2) no discurso jurídico sobre o corpo. Para isso, é necessário explorar os textos produzidos pela doutrina jurídica.

Para Pontes de Miranda (2012, § 48, 1), pessoa é o titular do direito. Ser pessoa é o mesmo que ter a possibilidade de ser sujeito de direitos, isto é, de “estar na posição de titular de direito”. Como há a previsão legal da aquisição de personalidade com o nascimento com vida, para o autor, ser pessoa é um fato jurídico⁴⁰. Ser pessoa é um requisito previsto em regra jurídica para que seja possível se encaixar em determinados suportes fáticos, é a possibilidade de ocupar uma posição no ordenamento jurídico enquanto centro de imputação de direitos e deveres.

Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. (PONTES DE MIRANDA, 2012, § 48, 1)

Assim, ser pessoa é corresponder com o suporte fático de regras jurídicas que estabelecem a possibilidade de titularizar direitos e deveres⁴¹. Na leitura do autor, as pessoas podem ser físicas/naturais ou jurídicas. A pessoa física é o ser humano e a pessoa jurídica é qualquer outro ente que tem personalidade atribuída pelo ordenamento, mas que não é ser humano.

Mello (2003, p. 145), adotando a concepção de Pontes de Miranda, afirma que “o conceito de sujeito de direito precede o de pessoa, de modo que somente se deveria falar deste após aquele, porque ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direito”. Isto porque, para o autor, tanto a noção de personalidade como a de sujeito de direito são construções jurídicas, não emanam do ser humano. Para ele, sujeito de direito é “todo ente (...) a que o ordenamento jurídico atribui capacidade jurídica e que, por isso, detém titularidade de posição em relação jurídica”⁴², em outras palavras, é “ser titular de uma situação jurídica (*lato sensu*), seja como termo de relação jurídica, seja

⁴⁰Para Pontes de Miranda, um fato jurídico é um acontecimento sobre o qual incide uma regra jurídica. Assim, o que determina ser pessoa é um fato previsto em regra jurídica, nesse caso, o nascimento com vida.

⁴¹Na doutrina portuguesa, destaca-se análoga construção com Mota Pinto (2005, p. 30), para quem “pessoa” é uma noção jurídica formal e abstrata de sujeito da relação jurídica e pode se referir tanto à pessoa humana quanto à agrupamentos de pessoas, como o Estado, associações ou sociedades.

⁴²O conceito de sujeito de direito tem particular complexidade e não é objeto da presente pesquisa. Como se trata de uma análise do discurso jurídico sobre o corpo, indica-se apenas o que os autores mencionados consideram como “sujeito de direito”. Nesse sentido, este conceito, sob essa arqueologia, aparece como um indicador do modo como se formula a pessoa, também remetendo sua formulação à modernidade – tomadas as considerações de Zarka (1997).

como detentor de uma simples posição no mundo jurídico”. (MELLO, 2003, p. 146)”.

Nessa formulação, ser pessoa não é condição necessária para ser sujeito de direito, de modo que há mais sujeitos de direitos que pessoas. Explica o autor, ainda seguindo Pontes de Miranda, que ser pessoa para o direito significa: a) ser humano, pessoa natural ou física; b) ser pessoa jurídica, “entes criados por homens, especificamente enumerados pela lei”. (MELLO, 2003, p. 147). Com isso, pessoa é uma invenção jurídica que incide sobre fatos específicos, como o nascimento com vida ou a inscrição no registro, “não é um atributo natural do ser humano, menos ainda desses outros entes, mas imputação jurídica” (MELLO, 2003, p. 161). Esse raciocínio está presente nas decisões judiciais, como na ADI 3510:

Falo ‘pessoas físicas ou naturais’, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2 do Código Civil chama de ‘personalidade civil’ (...). Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria natalista, portanto, em oposição às teorias da personalidade condicional e da concepcionista). (BRASIL, 2012, p. 162)

Também Lôbo (2009, p. 105) parte desse ponto de vista e afirma que “pessoa é o sujeito de direito em plenitude, capaz de adquirir e transmitir direitos e deveres jurídicos”, mas que “pessoa é atributo conferido pelo direito, ou seja, não é conceito que se extrai da natureza”. Ainda, afirma que “há sujeitos de direito que não são pessoas físicas ou jurídicas.” (LÔBO, 2009, p. 108)

Rodrigues Jr (2018, p. 5), por sua vez, afirma que “Pessoa é aquele (ou aquilo) a quem o Estado reconhece a aptidão genérica para adquirir e exercer, por si ou por outrem, direitos e deveres na ordem jurídica”, dependendo do fato do nascimento com vida. Para o autor, essa formulação do conceito explica as ocasiões históricas em que seres humanos não eram considerados pessoas (no caso dos escravos) ou que tinham capacidade de direito restringida (mulheres do século XIX e XX sob alguns ordenamentos). Mello (2003, p. 163) também destaca que do ponto de vista jurídico não é contraditória a existência de humanos que não eram pessoas, como os escravos em Roma que eram “coisa, res, simples objeto de direito”.

Essa série de conceituações estabelece a pessoa como um centro de imputação de direitos e deveres, previsto por regra jurídica. O critério para dizer o que é pessoa, então, é um critério propriamente jurídico e, com isso, os autores afirmam que ser pessoa não é um dado natural. Apesar desse modo de conceituar a pessoa, os autores não excluem uma dimensão humana da pessoa, que é imprescindível para distinguir o suporte fático da regra jurídica da pessoa física.

O que se aponta, contudo, é que nessa série de classificações sobre a pessoa, já há a interdição da coisa. Na medida em que a pessoa é construída como categoria de titularização de direitos e deveres, já lhe está oposta a categoria de coisa. Mais especificamente, em oposição à “sujeito de direito” está “objeto de direito” e “coisas” são tipos de objetos de direito, como aponta Pontes de Miranda (2012, §113). Essa elaboração da coisa é melhor explorada no tópico 2.2, mas cabe destacar que, por esse modo de formulação, na pessoa já está premeditada a categoria de coisa, como um elemento antagônico.

Assim, tanto nas decisões judiciais selecionadas como na doutrina abordada, repete-se o mesmo critério de dispersão: pessoa não é coisa – e essa repetição evidencia a presença de um enunciado⁴³. O discurso jurídico se baseia nessa partição entre pessoa e coisa para classificar elementos, então é a partir desse enunciado que o corpo também será classificado. Retoma-se que a função enunciativa é o que delimita o que é dizível em determinado discurso, assim, o corpo somente pode aparecer no discurso jurídico quando relacionado à categoria de pessoa ou à categoria de coisa.

Na ADI 3510, decidiu-se que essas células tronco embrionárias advindas da fertilização *in vitro* não são vida humana em potencial. Como o ordenamento brasileiro apenas prevê a tutela da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988 e art. 1º

⁴³Retoma-se que um enunciado é uma função singular material e repetível. Nesse caso, “pessoa não é coisa” não é somente uma proposição, porque outras várias proposições podem ser formuladas a partir desse enunciado e não tem um referente extrínseco ao discurso. Também não é somente uma frase porque é o princípio organizador das frases nos textos do arquivo. Não é um ato de fala porque não delimita a intenção do indivíduo, mas precede a própria fala do indivíduo – que é delimitada por sua posição no discurso. Por se distinguir dessas unidades, pode-se afirmar que “pessoa não é coisa” é uma função. Também é singular porque cria e organiza um domínio de conteúdos. Do mesmo modo é material, porque esses conteúdos que organiza estão localizados no tempo e no espaço. Seguindo o raciocínio arqueológico, identifica-se a presença desse enunciado.

e 2º, CC/2002) e dos direitos do nascituro (art. 2º, CC/2002), não há uma regra jurídica prevendo a proteção desse tipo de células, que não se enquadrariam como pessoa ou pessoa em potencial. O relator argumentou que “Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativo” (BRASIL, 2012, p. 197).

Com isso, quer dizer que não há maternidade porque as células-tronco embrionárias criadas em laboratório pela técnica de fertilização *in vitro* nunca se tornarão um feto, de modo que também não poderiam sequer ser consideradas como nascituro e, portanto, não teriam o resguardo de nenhum direito próprio. O relator afirma que para justificar a atribuição de personalidade jurídica seria necessária a existência de um substrato neural.

Não há uma definição na decisão judicial para o que seja substrato neural. Por outro lado, Melo & Ribeiro (2014, p. 146) apontam que a expressão “substrato neural” refere-se às “estruturas anatômicas relacionadas às funções mentais”. Ainda conforme as autoras, essa expressão diz respeito à um problema proposto pela Sociedade de Frenologia, criada na França do século XVII, que estabelecia a necessidade de localizar funções mentais no cérebro. Apesar dessa distinção entre “mente” e “cérebro” não ser objeto da presente pesquisa, vale destacar que no discurso jurídico há a distinção, análoga, entre personalidade e cérebro⁴⁴, parte do corpo: “sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano” (BRASIL, 2012, p. 198).

O corpo, figurado nesses trechos como cérebro⁴⁵, aparece como elemento indispensável da pessoa. A relação entre pessoa e corpo é presuposta nessas decisões judiciais, que repetem essa configuração em que o corpo é elemento fundamental à pessoa, mas ocultado no discurso. Este último definido

⁴⁴ Apesar de não constituir objeto da pesquisa, destaca-se que foi identificada a presença desse enunciado em que mente distingue-se de cérebro, órgão que – pelo afirmado vínculo com a mente – é classificado numa posição superior em relação aos outros órgãos do corpo humano. A investigação de tal enunciado e sua incidência no direito demanda uma pesquisa própria.

⁴⁵ O uso da linguagem da anatomia médica para a classificação do corpo é relevante ao discurso jurídico, que, com a necessidade do emprego de uma linguagem técnica, adota esses termos. Ao referir-se ao corpo através de um termo técnico médico o discurso jurídico oculta a referência ao corpo – que aparece indiretamente no discurso. Tal ponto é retomado no tópico 3.1.

como “conjunto dos aspectos somáticos do ser humano” (VIEIRA, 2015, p. 22), o que destaca que seu papel no discurso jurídico é secundário, aparecendo somente como um aspecto material da pessoa humana.

A discussão sobre o enquadramento jurídico do corpo iniciada na década de 1970 - de contornos inicialmente europeus, mas com influência no direito brasileiro⁴⁶ - é remontada nas decisões judiciais do arquivo. Na ADPF 54 inclusive há o destaque para o funcionamento do direito francês, que faz nítida distinção entre pessoas e coisas: pessoas são sujeitos de direito e coisas são objetos de direito – o que conduz a “uma maior proteção para as pessoas” (BRASIL, 2012, p. 416-417).

A dificuldade justamente elencada nessa decisão judicial era estabelecer se o feto anencéfalo deveria ser classificado juridicamente como pessoa ou coisa. Na ADI 3510, do mesmo modo, questionava-se qual o enquadramento das células tronco embrionárias *in vitro*, se deviam ser protegidas como pessoas ou dispostas como objetos jurídicos. Em ambos os casos, as discussões somente puderam ser levantadas diante do uso de técnicas médicas sobre o corpo. Edelman (2009, p. 29) aponta que foi com o avanço das biotecnologias e com a incidência do olhar da biologia e medicina que o corpo pode aparecer como um “objeto indiferenciado que pode ser colocado no mercado e escrutinado”.

A possibilidade de enxergar o corpo como objeto evoca um problema aos juristas, pois o corpo – que antes era somente elemento da pessoa - não corresponde diretamente a somente uma categoria juridicamente estabelecida. Nem pessoa nem coisa, restou como “palco da pessoa” (EDELMAN, 2009, p. 29).

A relevância do debate jurídico sobre o estatuto jurídico do corpo é destacada nos textos da Association Henri Capitant, da década de 1970, que convocou um grupo de juristas de diversas nacionalidades para discutir o enquadramento do corpo e de suas partes. Durry (1975, p. 272), ao elaborar o relatório geral, afirma que uma lesão ao corpo significa lesionar o “palco da vida”,

⁴⁶Destacam-se as discussões da Association Henri Capitant, na década de 1970 na Europa, e os textos de Antônio Chaves, na década de 1980 no Brasil, como “Direito à vida e ao próprio corpo” (CHAVES, 1986)

uma “lesão àquilo que permite o homem de ganhar sua vida; é sempre uma lesão àquilo que permite ao homem aproveitar suas alegrias”. Nessa explicação, o corpo não é a pessoa, mas algo que permite que o “homem” viva. Ainda assim, mesmo que o corpo não seja a pessoa, ele não é simplesmente uma coisa, pois justamente não há pessoa sem corpo. Por essa relação de dependência entre pessoa e corpo, em que a primeira figura como superior, um dano ao corpo aparece como dano à personalidade: o dano ao corpo é um dano extrapatrimonial (DURRY, 1975, p. 270)., porque não é o corpo o destinatário final da agressão, mas o “espírito”, a personalidade

Na mesma discussão, Savatier (1975, p. 516) explica que identificar o corpo como pessoa ou coisa é seguir uma tradição: “Há muito tempo que os juristas distinguem o direito das pessoas e o direito dos bens; e esta distinção tradicional não está perto de ser riscada de nosso direito”. E, para o autor, nessa distinção há uma preeminência da pessoa sobre os bens. Também, em conformidade com Savatier, Nerson (1975, p. 525) afirma que os sistemas jurídicos dos países daqueles que estavam na ocasião reunidos reconhecem a “transcendência da pessoa humana”, ideia que estabelece uma posição específica para o corpo: “O corpo humano é o suporte ou, como disse M. o Doyen Savatier, um elemento da pessoa” (NERSON, 1975, p. 525).

Na ADPF 54 a mesma ideia é retomada, pois o corpo aparece como hospedeiro da alma: “sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano” (BRASIL, 2012, p. 198). Quando se discute o estatuto jurídico de fetos anencéfalos ou células tronco embrionárias *in vitro*, discute-se, mais precisamente, a possibilidade de enquadramento como coisa ou pessoa. O corpo mesmo não é um problema, mas sim a incerteza dessa divisão fundamental entre coisa e pessoa, que é radicalizada mediante a dificuldade em enquadrar o corpo. O problema jurídico não é sobre o corpo – que permanece no fundo das discussões -, mas sobre a categoria de pessoa e a sistematização do ordenamento jurídico. O corpo aparece por causa da pessoa, em posição deslocada, como um suporte.

Sobre esse ocultamento jurídico do corpo, Galloux (2004, p. 381), aponta que o Código Civil francês de 1804 assimilava a pessoa ao corpo, de modo que

a pessoa do direito civil é uma pessoa desencarnada. Afirma também que, seguindo a tradição romana, o direito civil francês “censurou” o corpo ao repetir as distinções das Compilações Justinianas: pessoas, coisas e ações. A pessoa aparece como personagem da cena jurídica, ator do direito. A pessoa aparece somente na expressão da vontade, não da dimensão corporal – até os atos de disposição do próprio corpo são traduzidos nos termos da autonomia da vontade, como se aborda no tópico 2.2.

Com o avanço da medicina e das biotecnologias “o corpo humano se tornou material” e, com isso, o direito civil passou a conferir ao corpo e às suas partes destacadas “um estatuto jurídico deslocado da pessoa humana” (GALLOUX, 2004, p. 382), o corpo passa a também poder ser coisa. Por outro lado, como aponta Labrusse-Riou (1991, p. 25), o corpo não pode simplesmente ser classificado como coisa, pois contrariaria a lógica do direito civil, destituindo de força o próprio conceito de pessoa.

Conforme Galloux (2004, p. 383), “nosso direito pressupõe assim que não existe pessoa humana sem corpo, mesmo que se admita, implicitamente, que o corpo exista sem pessoa”. Explica-se que apesar do corpo de um cadáver poder existir sem personalidade, não é possível existir pessoa sem corpo. Ainda que o corpo possa também ser classificado como coisa, a noção de pessoa se mantém vinculada a ele, mas tem seu papel alterado e passa a “constituir um limite à disposição do corpo” (LABRUSSE-RIOU, 1991, p. 25).

Na discussão sobre células-tronco embrionárias - que são elementos derivados do corpo-, por exemplo, tenta-se enquadrá-las juridicamente como pessoas ou como coisas: “O ser humano adornado de personalidade civil é o fenômeno que transcorre do nascimento com vida à morte cerebral” (BRASIL, 2012, p. 312). Se configuradas como pessoas, gozam de proteção jurídica; se indicadas como coisa, são disponíveis e sem proteção. O vínculo da ideia de pessoa com a de proteção jurídica é o que hierarquiza os elementos desse discurso – sustenta-se a primazia da pessoa. Analogamente, o Código Civil francês estabelece, conforme Galloux (2004, p. 383), uma

hierarquia exaltante da primazia da pessoa humana sobre todos os outros existentes que vem do mundo das coisas, mas também a protegendo contra todos os atos suscetíveis de a contestar ou de a ameaçar.

Não há uma definição legal do corpo humano no Código Civil francês (GALLOUX, 2004, p. 388-389), que remonta apenas essa ideia do corpo como “encarnação da pessoa”. Também no Código Civil brasileiro não há uma definição para o corpo, que é mencionado em documentos jurídicos diversos e figura nas decisões judiciais do arquivo como elemento ambíguo, mas sempre vinculado à noção de pessoa.

A gestação de um feto anencéfalo, processo elaborado de transformação, o corpo mesmo das gestantes e os elementos destacados do corpo – como as células tronco, o sangue, as unhas, os cabelos e os órgãos - são enquadrados e ordenados pela distribuição classificatória fundada na distinção entre pessoas e coisas.

O corpo, no discurso jurídico, é uma signo construído pelo jogo entre os conceitos de pessoa e coisa. Não é uma palavra com referente no mundo, mas um efeito do discurso que destaca o caráter autorreferencial do direito, formação discursiva na qual o corpo é construído como um objeto pelas categorias da pessoa e da coisa. Essa ausência de referente aponta para a presença de um enunciado, uma função de ordenação do discurso: o que é pessoa não é coisa, o que é coisa não é pessoa. Mesmo quando se afirma que o corpo é a instância material da pessoa, há que se considerar a presença do enunciado da pessoa: a ideia de materialidade é também um produto do discurso, não uma instância pré-discursiva⁴⁷.

Pela arqueologia, são os enunciados que moldam as regras do dizível e do indizível no discurso jurídico. Identificou-se, assim, que há um enunciado que governa essas decisões judiciais: pessoa não é coisa. Como a função desse enunciado é dispersar os elementos discursivos entre as categorias de pessoa e coisa, o corpo passa também por esse crivo. As discussões supracitadas indicam o processo de adequação discursiva do corpo ao direito. Nesse processo, que se pautou pelo enunciado da pessoa, levantou-se a questão se o corpo é pessoa ou coisa. A resposta foi que o corpo não é a mesma coisa que a

⁴⁷Baud (1993, p. 18) também sustenta ideia semelhante, na medida em que afirma que a suposta materialidade do corpo é estabelecida no raciocínio dos juristas através da abstração da pessoa.

pessoa, mas somente uma parte dela. Por não ser pessoa, ocupa posição de coisa; mas por ser um elemento fundamental à pessoa, não é qualquer coisa⁴⁸.

Baud (1993, p. 29) afirma que essa ambiguidade do estatuto jurídico do corpo foi posta em discussão com os avanços das biotecnologias, mas o trânsito da palavra corpo pelos conceitos de personalidade e propriedade é evento antigo repetido na história do direito civil. Também Galloux (1989, p. 1015), destaca que a distinção entre pessoas e coisas remonta ao direito romano. Cabe, então, identificar a formação histórica do enunciado da pessoa, que consiste na oposição entre pessoas e coisas.

Antes de adentrar à análise da configuração do direito romano, cabe destacar o recorte. Em primeiro lugar, dizer que o enunciado da pessoa remete à Roma não quer dizer que os romanos descobriram a personalidade. Pelo contrário, a personalidade jurídica não é um dado, mas uma construção jurídica romana, “uma *fictio legis*, que pode ser atribuída pela lei às entidades que não tem existência própria ou que não a tem senão através dos elementos constitutivos definidos pelos textos jurídicos” (EGEA, 2013, p. 182).

Além disso, por se tratar de uma pesquisa arqueológica, nega-se a existência de continuidades. Assim, tratar do direito romano tem a finalidade de indicar diferenças entre o funcionamento do discurso jurídico romano e o discurso jurídico identificado no arquivo. Em outras palavras, analisar o direito romano serve para traçar rupturas históricas e, por consequência, identificar a formação histórica que permitiu a irrupção dos enunciados sobre o corpo que se repetem nas decisões judiciais analisadas.

Também cabe destacar que “Roma” e “direito romano” são expressões demasiado vagas e que podem dizer respeito a períodos históricos diferentes. O recorte específico utilizado é o direito romano histórico, datado da fundação de Roma até a morte de Justiniano, de 754 antes de Cristo até 565 depois de Cristo (CORREIA & SCIACIA, 1988, p. 15). Também, o direito romano desse período de treze séculos tem muitas fases – que são distinguidas com função didática

⁴⁸Esse modo de formular o corpo, além de operar por meio do enunciado da pessoa também usa da ideia de dignidade da pessoa humana – relação explorada no capítulo 3 – para justificar a impossibilidade de tornar o corpo uma mercadoria.

pelas alterações da constituição do estado Romano ou modificação do direito privado por eventos históricos importantes. Dentre as várias distinções⁴⁹, aponta-se a classificação histórica entre o *ius civile* do *ius gentium*, em que o primeiro refere-se ao direito dos cidadãos romanos (*cives*) enquanto o segundo é o direito comum aos cidadãos e estrangeiros (*peregrini*) (CORREIA & SCIACIA, 1988, p. 18; MARKY, 1995, p. 15). Também há a classificação sistemática, em que se diferencia o direito público e o direito privado, em que o primeiro consiste na regulação da atividade do Estado e o segundo na regulação das relações entre particulares (CORREIA & SCIACIA, 1988, p. 19-20; MARKY, 1995, p. 15). Assim, o recorte usado para tratar de direito romano é o período do direito romano histórico, especificamente o conceito e a classificação das pessoas no *ius civile*.

Os manuais de direito romano comumente iniciam a explicação com o conceito de pessoa. Marky (1995, p. 28) e Correia & Sciaca (1988, p. 35) utilizam uma terminologia moderna ao afirmar que existem sujeitos de direito em Roma, divididos entre pessoa natural e pessoa jurídica. Marky (1995, p. 28), inclusive destaca que a pessoa natural é a pessoa humana ou pessoa física, em que a existência se inicia com o nascimento – de modo que o nascituro não seria pessoa, apesar de ser protegido desde a concepção, na sua interpretação de Gaio.

Correia & Sciaca (1988, p. 35), também utilizando terminologia moderna, afirmam que “pessoa indica o titular de direitos e de obrigações jurídicas. Pessoa é o homem ou um ente imaterial e abstrato que no tocante às relações patrimoniais, é considerado um indivíduo”. Alves (2016, p. 97), por sua vez, afirma que as pessoas físicas são os homens, mas que havia homens que não eram pessoas físicas, como os escravos. Sendo assim, o autor pontua que, para ser pessoa física, era necessário existir para a ordem jurídica e ter personalidade jurídica. O primeiro requisito era cumprido com o nascimento com vida e o segundo com o reconhecimento jurídico da aptidão para contrair obrigações e direitos (ALVES, 2016, p. 103).

⁴⁹Há várias outras classificações do direito romano que não constituem parte do recorte selecionado. Tais podem ser encontradas em CORREIA & SCIACIA (1988) e MARKY (1995).

Por outro lado, Villey (1991, p. 91) afirma que definições e estudo das pessoas como os dos autores acima é comum em tratados modernos de direito, já que é o mesmo plano seguido por Gaius ao imitar um tratado de retórica grega. Contudo, o autor afirma que uma definição abstrata da pessoa não é preocupação dos romanos, pois o uso da palavra pessoa pelos juristas romanos era para designar “o indivíduo, enquanto desempenha um papel na cena jurídica” (VILLEY, 1991, p. 91). Assim, segundo o autor, a tentativa de abstrair a noção romana de pessoa é produto de uma visão moderna e humanista – que toma o homem como centro da ordem do mundo e, portanto, também da ordem jurídica.

Andorno (1996, p. 54), por sua vez, destaca que a noção de pessoa jurídica como formal ou abstrata é uma herança do século XVI, sem equivalente nos romanos. O autor também afirma que as noções romanas de *homo* e *persona* são dois aspectos concretos de uma mesma realidade que é o homem, sendo que o termo *homines* é o eixo a partir do qual se classificam outras modalidades concretas como os *liberi*, os *servi*, os *civi Romani*, os *ingenui*, os *libertini*, e os *qui in utero sunt*⁵⁰.

Contudo, isso não quer dizer que, em Roma, todos os que eram considerados homem eram também pessoas. Andorno (1996, p. 52) mesmo indica que os escravos (*servi*) eram, em certos textos, classificados como coisas – apesar de não serem privados de toda subjetividade jurídica. O estatuto jurídico daqueles que não eram pessoas é complexo, porque não é possível afirmar que estes não tinham nenhuma personalidade, apenas que não tinham o mesmo grau que os *civis*. Savigny, em sua interpretação moderna do direito romano, escolhe a palavra “capacidade” para distinguir esse grau de atribuição da personalidade (ANDORNO, 1996, p. 53).

Mesmo tendo alguma subjetividade jurídica, os escravos (*servi*) não tinham o mesmo estatuto que os cidadãos romanos (*civi*). Villey (1991, p. 91), afirma que “o antigo direito romano não concede proteção senão aos pais de família romanos, que pela sua associação haviam formado a cidade e se

⁵⁰Trecho original: “Pour les Romains, les notions concrètes de homo et de persona n'étaient que deux aspects d'une même réalité : l'homme. Ainsi, le terme de homines est l'axe autour duquel se construit le titre V (De statu hominum) du livre I du Digeste de Justinien. À cette notion concrète de homines sont liées celles, aussi concrètes, des liberi, des servi, des cives Romani, des ingenui, des libertini, des qui in utero sunt, etc.” (ANDORNO, 1996, p. 52)

reservam o benefício das suas instituições”. Com isso, ficavam excluídos dessa proteção a) os escravos; b) os estrangeiros; e c) nas famílias, quem não for pai.

Apesar dessa forma de distinguir os *civis* dos demais, não é possível afirmar que estes não eram considerados como pessoas. Isto porque o termo *persona* não tinha um sentido técnico e abstrato, mas um uso prático (ANDORNO, 1996, p. 54). Um escravo podia ser *res* ou *persona* a depender da situação em que estava envolvido. Como afirma Buckland (1908, p. 10), o escravo era o único *hominem* que poderia ter dono. Apesar de haver muitos outros que viviam em condições próximas à escravidão, somente os escravos eram *res*. Por outro lado, os escravos também realizam atos de pessoas, como a aquisição de posse - afinal, a palavra *persona* equivale simplesmente a ser humano (DALLA & LAMBERTINI, 2001, p. 37). Na classificação entre pessoas e coisas, o escravo é os dois (BUCKLAND, 1975, p. 62)..

Dessa forma, a ambiguidade do estatuto jurídico do escravo não era um problema em Roma, simplesmente porque os conceitos jurídicos tinham um uso e diziam respeito a situações concretas. No direito romano analisado, não havia a necessidade de sustentar a lógica de um sistema fixo, respeitando a não contradição – interpretação sustentada por Savigny, no século XIX, como se analisa em diante. Antes de prosseguir para a interpretação moderna do direito romano, vale analisar qual o estatuto jurídico do corpo no direito romano.

Baud (1993, p. 58) afirma que não há muito sobre o corpo no direito romano, em que os institutos tinham somente uma finalidade prática. Apesar disso, encontra-se nas *Institutas* de Gaius no item 89 do segundo comentário, e no Digesto 41.1.10.2, a referência a usucapião que o dono (*dominus*) podia realizar em referência a um item possuído pelo seu escravo (*servus*). Buckland (1908, p. 131) explica que um homem não tem posse direta sobre o que o escravo recebeu, porque ele tem a posse do *corpus* do escravo somente. Além disso, o *dominus* deve primeiro saber que o escravo possui algo para somente então reivindicar posse para si, manifestando seu *animus*. É porque o *dominus* tem *animus* sobre a coisa desejada e sobre o corpo do escravo que é possível que ele reivindique a posse do item. Contudo, isso não quer dizer que o *dominus* é o elemento mental e o *servus* o elemento físico na posse, já que o escravo é

pessoa e deve contribuir também mentalmente ao demonstrar consciência do ato⁵¹ (BUCKLAND, 1908, p. 132).

Se no Direito Romano o escravo era ao mesmo tempo pessoa e coisa, então o enunciado da personalidade na forma “pessoa não é coisa” foi inventado em outro período histórico. Em que período histórico se formou essa função de dispersão? Andorno (1996, p. 53) mesmo indica que há uma alteração no significado dos conceitos jurídicos romanos a partir da leitura de Savigny, da Escola Histórica do Direito.

A obra de Savigny tem relação com o processo de unificação da Alemanha, que trouxe como problema - após o exemplo da Revolução Francesa e do movimento de codificação iniciado na França do século XVIII – a necessidade de um Código (GUTIÉRREZ, 2004, p. XX). Em resposta à esse problema, Savigny desenvolveu propôs a formulação de um direito positivo (contrapondo-se às correntes de direito natural) baseado na ideia kantiana de autonomia da vontade⁵² e do direito como uma ordem garantidora da liberdade. estabelecia a necessidade da sistematização do direito romano (REALE, 1948; SONTAG, 2015). Sua ideia de sistema era eivada da necessidade de fundar uma ciência jurídica, isenta da metafísica filosófica - se opondo, assim, às Escolas de Direito Natural (GUTIÉRREZ, 2004, p. XXIII). Para Orlando de Carvalho (1981, p. 38-39), a pandectística alemã do século XIX, de Savigny, Puchta e Windscheid, pretendia a cientificidade através da negação de qualquer sistema de valores que estabelecesse medidas para o direito positivo: “Atrás dele estava a grande sombra de Kant, com a sua *dignitas humana* tão universalmente concebida”.

Essa preocupação em estabelecer um sistema científico para o direito – que fomentou a pandectística alemã - fez com que Savigny se preocupasse com a linguagem empregada, de modo que as figuras jurídicas extraídas do direito romano foram remontadas em uma linguagem técnica⁵³. No seu *Sistema de*

⁵¹ Daí não ser possível um homem reivindicar a posse através de um escravo louco ou *infans*. (BUCKLAND, 1908, p. 132).

⁵² A ideia de autonomia em Kant é explorada no tópico 3.1. Ainda assim, vale apontar que autonomia é um conceito da filosofia moral kantiana que remete à capacidade de autodeterminar-se por meio da imposição de uma lei moral, fundada na razão, que limita a vontade.

⁵³ “Antes de comenzar esta indagación (...) es indispensable determinar con exactitud el lenguaje de los jurisconsultos romanos. Acaso se me objete que atribuyo a este asunto demasiada

Direito Romano Atual, Savigny argumenta e deduz as instituições do direito romano de modo a conformar com a noção de sistema jurídico, “sempre buscando na *ratio iuris romana* a atualidade, para raciocinar o direito de seu tempo”⁵⁴. (GUTIÉRREZ, 2004, p. XXIX)

Retoma-se que a ideia de sistema está vinculada à uma universalidade: o sistema jurídico aparece como uma estrutura que deve ser válida para qualquer sociedade em qualquer período histórico. Com efeito, é válido universalmente porque a história mesma é pensada universalmente, como a história continuada de um povo (WIECKER, 1967, p. 407). Com a Escola Histórica do Direito foi aberto um processo, segundo Wiecker (1967, p. 409), que estabelece relação entre o “dever ser com o ser histórico, da norma jurídica com a realidade social”. Sendo assim, é com a Escola Histórica do Direito que o discurso jurídico elaborou a distinção entre ser (histórico) e dever ser⁵⁵.

Essa separação entre ser e dever ser⁵⁶ é apontada por Savigny em vários momentos de seu *Sistema*. Quando trata das relações de direito, parte da constatação que o “homem” vive num mundo, um meio no qual se relaciona com outros homens – este é o mundo do ser. O homem é caracterizado pela sua liberdade, conforme a elaboração do sujeito moral em Kant, que tem por fundamento a autonomia. Para Savigny, seguindo sua ideia de historicismo do povo, essa liberdade é um fator que deve ser garantido; essa garantia se estabeleceria através do exercício da autonomia, isto é, da determinação da própria ordem a ser seguida. O direito aparece, assim, como uma necessidade à “condição humana”, já que é a ordem garantidora da liberdade. Do mesmo modo, o autor afirma que “é necessário que uma linha invisível de separação determine os limites dentro dos quais o desenvolvimento paralelo dos indivíduos encontre segurança e independência” (SAVIGNY, 1878, p. 257-258), essa linha invisível é o que distinguiria o plano jurídico.

importancia; pero si se examinan sin prevención las oscuridades y errores que em gran número de autores se encuentra... habrá de reconocerse la utilidad de semejante trabajo” (SAVIGNY, 1878, p. 10)

⁵⁴Do original: siempre buscando en la ratio iuris romana la actualidade, para razonar el derecho de su tiempo

⁵⁵Essa distinção é muitas vezes atribuída à Kant. A integração de Kant no discurso jurídico é abordada no tópico 3.1

⁵⁶Ou também como remontada a partir do personalismo jurídico (tópico 3.2.2), entre concreto e abstrato

Diante disso, sua sistematização evoca a noção de relação jurídica que, conceitualizada em seus termos técnicos, significa “relação de pessoa a pessoa, determinada por uma regra jurídica” (SAVIGNY, 1878, p. 258). Há uma pressuposição da separação entre norma jurídica e realidade social, dever ser e ser histórico, direito (*derecho*) e fato (*hecho*).

A partir dessa noção de relação jurídica, Savigny estabelece que toda relação de direito supõe uma pessoa determinada (SAVIGNY, 1878, p. 304). Essa ideia de “pessoa determinada” indica a posição desempenhada por alguém na qualidade de sujeito de direito, isto é, passível de possuir direitos. Não há um conceito prévio de pessoa, pois Savigny deduz a categoria jurídica de pessoa a partir do conceito de relação jurídica. Ora, se o conceito de relação jurídica advém da necessidade do estabelecimento do direito como uma garantia à condição humana (fundada na ideia kantiana de sujeito) e da necessidade de distinção entre dever ser e ser histórico, então a categoria de pessoa para o direito é uma construção deduzida a partir da distinção pressuposta entre “direito” e “realidade” ou “direito” e “natureza”⁵⁷. Sob esse ponto de vista, a pessoa é uma ficção cindida entre seu aspecto jurídico e seu aspecto “natural”.

Nessa sistematização do direito e elaboração da pessoa, o corpo não é elemento fundamental. Como o discurso é configurado em torno da ideia de “homem livre” (ou sujeito moral kantiano), a ideia de corpo somente pode ser evocada no direito a partir da construção técnico-jurídica da pessoa.

A presença do enunciado da pessoa, que opõe a categoria de pessoa à categoria de coisa, é o que impede o corpo de ser enquadrado no discurso jurídico de outra maneira senão como pessoa ou coisa. O enunciado da pessoa é o limite do dizível sobre o corpo no discurso jurídico do arquivo de decisões da presente pesquisa. No Direito Romano, essa oposição entre tais categorias não foi identificada, de modo que esse vestígio do enunciado da pessoa somente pode ser identificado nos trabalhos da Escola Histórica do Direito, sobretudo com a leitura de Savigny sobre Kant, no século XIX.

⁵⁷ Há autores como Douzinas e Villey que afirmam que se trata do problema das fontes do direito e da discussão entre juspositivismo e jusnaturalismo. Não cabe aqui explorar esse modo de formulação, visto que se trata somente de uma análise arqueológica do discurso.

No século XX, por outro lado, com a irrupção das biotecnologias, o corpo tornou-se objeto de discussão para os juristas (BAUD, 1993, p. 17). Como evocado pelo debate da Association Henri Capitant e destacado por Edelman e Galloux, o corpo aparece ao discurso jurídico como um elemento ambíguo – que pode ser classificado tanto como pessoa quanto como coisa. Diante da necessidade de sistematização, levantada desde Savigny, não se admitem ambiguidades. O esforço por classificar o corpo em somente um dos polos do enunciado da pessoa é também produto dessa necessidade de sistematização. Viu-se a reprodução desse enunciado nos trabalhos da Association Henri Capitant, na medida em que se afirmou que o corpo não é a própria pessoa, mas uma parte dela. Com essa classificação, desloca-se o corpo para o polo da coisa, porém, por estar vinculado à pessoa, o corpo não pode ser uma coisa como as outras. Assim, adiante explora-se como o corpo pode ser construído como coisa.

2.2 O CORPO NÃO É QUALQUER COISA

A palavra “coisa” apenas aparece em duas das decisões judiciais que compõem o arquivo dessa pesquisa. Na ADPF 54 o termo aparece vinte e cinco vezes e na ADI 3510 o termo aparece cinquenta e nove vezes⁵⁸. Dentre todas essas aparições, a maior parte das vezes a palavra coisa é usada dentro das significações comuns, elencadas pelo dicionário⁵⁹. Quando utilizada em conotação teórica diz respeito ou à sua acepção filosófica ou jurídica. Quanto à primeira, são três vezes em que aparece na ADPF 54, quando mencionado Padre Vieira (BRASIL, 2008, p. 32 e p. 56) e Kant (BRASIL, 2008, p. 52); e são

⁵⁸ A identificação da quantidade de vezes que aparece o termo foi realizada através da busca pela palavra “coisa” no arquivo em pdf do Acrobat Reader.

⁵⁹ 1. Objeto ou ser inanimado. 2. O que existe ou pode existir. 3. Negócio, fato. 4. Acontecimento. 5. Mistério. 6. Causa. 7. Espécie. 10. Qualquer objeto que não se quer ou não se consegue nomear (ex.: essa coisa não serve para nada) (COISA, 2021a). Essas são as definições formais do dicionário Priberam para a palavra “coisa”.

O dicionário online Dicio, por sua vez, estabelece que “coisa” significa: 1. Tudo o que existe ou que pode ter existência (real ou abstrata). 2. O que pode ser alvo de apropriação: ele possui poucas coisas. 3. O que ocorre; acontecimento: o curso natural das coisas. 4. O que é real em oposição ao que é abstrato: quero coisas e não promessas. 5. [Popular] Negócio, troço; tudo o que não se quer designar pelo nome. 6. O que caracteriza um fato, evento, circunstância, pessoa, condição ou estado: essa chatice é coisa sua? 7. O assunto em questão; matéria: não me fale essas coisas! Viemos aqui tratar de coisas relevantes. (COISA, 2021b)

duas vezes em que aparece na ADI 3510, quando mencionado Kant (BRASIL, 2012, p. 440) e Gadamer (BRASIL, 2012, p. 451).

Aparece com uso jurídico cinco vezes na ADPF 54. Em uma das vezes tem por referência o direito público (BRASIL, 2008, p. 119), nas demais vezes a palavra “coisa” é usada como oposição à palavra “humano”, de modo que coisa equivale àquilo que não é humano. Como no seguinte trecho:

Mas o simples e decisivo fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à imprevisível espécie humana garante-lhe, em nossa ordem jurídica, apesar da deficiência ou mutilação - apresentada, para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstruosidade -, que lhe não rouba a inata dignidade humana, nem o transforma em coisa ou objeto material desvalioso ao juízo do Direito e da Constituição da República (BRASIL, 2008, P. 384)

Por sua vez, na ADI 3510, o termo “coisa” aparece seis vezes com uso jurídico. Em uma das vezes é usada por referência ao direito processual (BRASIL, 2012, p. 645). Em quatro vezes é usado em oposição à “pessoa”, como em “Examinando o tema à luz da legislação francesa, Brigitte Mintier observa que o direito positivo francês faz uma distinção entre ‘pessoas’ e ‘coisas’.” (BRASIL, 2012, p. 416) e “animais, são considerados ‘coisas’” (BRASIL, 2012, p. 417). E em uma das vezes é utilizado como em oposição à palavra “humano” (BRASIL, 2012, p. 505).

Assim, dentre as várias vezes que a palavra “coisa” foi usada nessas decisões, na menor parte tinha acepção jurídica. Ainda, quando usada juridicamente, somente em nove vezes tinha relação com o direito privado. Dentro desse uso, “coisa” é o termo que é oposto a “humano” ou “pessoa”.

Assim como acontece com a palavra “pessoa”, não há uma definição em nenhuma lei para a palavra “coisa”, apenas uma série de classificações. A conceituação do termo é feita pela doutrina jurídica.

Gonçalves (2009, p. 1) afirma que “coisa é o gênero do qual bem é espécie. É tudo o que existe objetivamente, com exclusão do homem” e faz menção ao Código Civil Português “diz-se coisa tudo aquilo que se pode ser objeto de relações jurídicas” e ao Código Civil Alemão e Grego “Coisas são bens corpóreos: existem no mundo físico e não de ser tangíveis pelo homem”. Também entende assim Tartuce (2017, p. 196), que afirma que “Coisa constitui

gênero e bem a espécie – coisa que proporciona ao homem uma utilidade sendo suscetível de apropriação”.

Os dois autores se apoiam na definição de Rodrigues (2002, p. 116), que afirma que “coisa é o gênero do qual bens é espécie (...), é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem. Assim, o sol, a lua, os animais, os seres inanimados etc”. Também se apoia no art. 369 do Código Civil português de 1867, que conceituava coisa como “tudo aquilo que carece de personalidade” e conclui que “como só o homem tem personalidade, coisa é tudo que existe exteriormente a ele” (RODRIGUES, 2002, p. 117).

Beviláqua (2003, p. 9-10), por outro lado, não propõe um conceito de coisa, apenas indica os vários tipos de coisa existentes a partir do conceito de direito das coisas, que para ele significa “o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”, de modo que dentro dessa área do direito haveriam coisas espirituais e coisas materiais. Também aponta que há coisas que não são podem ser apropriadas, como a eletricidade.

Assim, esses autores todos fazem a distinção entre coisas e bens. Gonçalves (2009, p. 1) afirma que bens “são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contém valor econômico”. Também Rodrigues (2002, p. 116) afirma que bem é aquilo que é útil e raro e tem um valor econômico. Tartuce (2017, p. 196) resume afirmando que “coisas = tudo que não é humano; bens = coisas com interesse econômico e/ou jurídico”.

Por outro lado, Pereira (2011, p. 336) dá uma definição distinta ao afirmar que a diferença entre bem e coisa é que os bens são materiais e as coisas são imateriais. Como exemplo de coisas, menciona uma casa e um animal de tração, pela sua materialidade. Contudo, afirma que “nem tudo que é corpóreo e material é coisa” e o exemplo que utiliza para isso é o corpo humano. Diz que “apesar de sua materialidade, (...) não é possível separar a pessoa humana, dotada do requisito da personalidade, de seu próprio corpo”. Apesar dessa inseparabilidade, “depois da morte, porém, o cadáver é uma coisa, da mesma forma que são coisas as partes destacadas do corpo sem vida, como os ossos” (PEREIRA, 2011, p. 336).

Por outro lado, pra Pontes de Miranda (1970, p. 9), que se inspira em Savigny, há uma distinção entre coisa, objeto de direito e bens. Para o autor, o objeto de direito é “algum bem da vida que pode ser elemento do suporte fático de alguma regra jurídica, de cuja incidência emane fato jurídico, produto de direito”. Objeto de direito é definido, então, pela regra jurídica que o tome como objeto, em distinção ao sujeito ator da relação jurídica. Nesse sentido, podem ser objetos jurídicos uma pletera de elementos, desde um prédio, um raio x, a autoria de um livro, uma prestação obrigacional ou até liberdade. Compreende tanto as coisas quanto os objetos que não são coisas. O conceito de “bem” não é delimitado especificamente, mas é apontado como próximo ao de objeto de direito, no sentido de um interesse jurídico (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 22). Ainda, para o autor, as coisas em um sentido estrito são “objetos corpóreos”. Ainda especifica que as mercadorias são espécies de coisas móveis suscetíveis de comércio.

Nesse sentido, para Pontes de Miranda (1970, p. 11), “o homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito” justamente porque é o sujeito de direito. Apesar disso, as partes do corpo são coisas pertencentes “àquele de quem foram tiradas”. Para que as partes do corpo, separadas, sejam objeto de direito, é necessário que o seu possuidor manifeste vontade nesse sentido.

Apesar da diferença na classificação proposta pelos autores da doutrina civilista, todos pressupõem que coisa se opõe a pessoa e afirmam que há dois tipos de coisa: as passíveis de apropriação e as que não podem ser apropriadas. Classificar os vários tipos de coisas em distinção à categoria de pessoa é operar a função que dispersa os elementos do direito entre pessoa e coisa. Dessa forma, o corpo que aparece como elemento ambíguo impõe dificuldade em sua classificação como coisa.

Baud (1993, p. 21), sobre isso, relata o caso em que Janel Daoud cortou metade do seu dedo mindinho para enviar pelo correio ao ministro da Justiça. Preso na França, em 1985, queria chamar atenção do ministro para seu processo. Antes que pudesse enviar pelo correio, seu dedo foi confiscado na prisão. Diante disso, Daoud entrou em contato com seu advogado que pediu a restituição de seu dedo. Os juízes franceses, que pela orientação do Conselho

de Estado francês associavam o corpo humano à personalidade, tiveram de admitir que o dedo que Daoud cortou era uma coisa. (SANT'ANNA', 1997)

Anos mais tarde, em 1988, John Moore teve amostras de seu sangue, medula óssea e outros fluídos retirados pelo médico David Golde, da Universidade da Califórnia, após assinar um termo de consentimento. Em 1983, Moore descobriu que sua linha de células havia sido patenteada e vendida pelo médico para o Genetics Institute por 300 mil dólares. Diante disso, processou o médico e a universidade. O argumento sustentado pela Corte da Califórnia foi que o sangue e as amostras de tecido são propriedade pessoal de um ser humano, que tem direito de dividir os lucros advindos de sua comercialização.

Tanto os advogados do médico quanto os de Moore sustentavam a tese de que partes destacadas do corpo podem ser categorizadas como coisa. Nesse caso, as células de Moore foram consideradas como “alguma coisa”. Com isso, os advogados visavam afastar a classificação jurídica de “coisa” às células, de modo que poderiam ter um valor econômico, mas ainda assim não se igualariam a outras coisas. Nessa argumentação, as células não seriam elementos indisponíveis protegidos pela personalidade, mas coisas comerciáveis sob a propriedade da pessoa que as originou. (EDELMAN, 2009, p. 57-58) Na decisão, a Corte afirmou que há uma diferença entre ter direito de propriedade sobre seu corpo e ter direito de propriedade sobre uma pessoa: vender as próprias células não é vender a si mesmo, mas uma parte do corpo. Por meio dessa distinção, a Corte estabeleceu que uma pessoa tem o direito de propriedade sobre suas células, que são coisas disponíveis, mas não tem o direito de dispor de seu corpo todo – pois reduziria a pessoa à condição de escravo: deixaria de se pertencer para pertencer a outro. Ao fim do caso, a Corte sentenciou que as células seriam bens dos quais a pessoa é proprietária. (EDELMAN, 2009, p. 59)

Por outro lado, na ADI 3510, em nenhum momento partes do corpo foram consideradas como mercadoria. Essa decisão judicial versou sobre a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Biossegurança que permitiam a pesquisa com células tronco embrionárias. Tratava-se, para a Corte, de enquadrar as células-tronco embrionárias como coisas e não como corpo, mas também que não fossem comercializadas.

Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. (BRASIL, 2012, p.137)

Se o embrião *in vitro* não é uma vida humana em potencial, não há que se falar em direito à vida e nem em pessoa em potencial, de modo que não gozaria da proteção destinada à pessoa ou ao nascituro. De acordo com o enunciado da pessoa, então, se não é pessoa, é coisa. Contudo, não é qualquer espécie de coisa, porque a própria Lei de Biossegurança proíbe a comercialização das células tronco embrionárias, no seu art. 5, § 3º: “É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997” (BRASIL, 2005).

Os embriões não são pessoas, porque não nasceram, mas também não são coisa, porque constituem vida humana. Por serem vida humana em potencial, gozam de proteção jurídica, não sendo disponíveis. Por outro lado, os embriões *in vitro* sequer são considerados como parte da “família humana”, já que jamais se tornará uma pessoa. (EDELMAN, 2009, p. 73)

Ainda, o art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 estabelece a proibição da compra ou venda de “tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (BRASIL, 1997). Tal dispositivo é a expressão do art. 199, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece a proibição de qualquer tipo de comercialização de partes do corpo⁶⁰. Essa vedação da comercialização advém da relação com a dignidade humana, que é um dos fundamentos constitucionais. Gediel (2000, p. 151-152), aponta que essa construção jurídica com relação às partes do corpo é comum na tradição ocidental, que “admite a autonomia corporal do sujeito, mas veda as contrapartidas econômicas”.

⁶⁰§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Células, embrião, óvulo, espermatozoide, terminações nervosas, colo do útero, zigoto, endométrio, material embrionário, tecidos humanos, órgãos, entranhas, útero, cérebro, olhos, blastocisto, hormônios, matéria prima da reprodução humana, material biológico, material genético, cordão umbilical, líquido amniótico, medula óssea, sangue da menstruação, gordura, pele, epiderme, tubo neural, coração, parte cefálica, unidade feto-placentária, bolsa gestacional.

Essas são algumas das palavras da classificação médica que separa o corpo em partes mencionadas no arquivo desta pesquisa. Na tradução jurídica, partes do corpo são coisas que não podem ser comercializadas. A medicina e a pesquisa médica assumem o papel da cura nessas decisões judiciais. Pesquisas com partes do corpo tem por objetivo o

enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as reumatismos e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). (BRASIL, 2012, p. 160).

Só é possível transformar juridicamente partes do corpo em coisa porque a finalidade desta transformação é a cura de doenças. Em outros termos, partes do corpo são coisas porque a pesquisa que as utiliza tem por objetivo a proteção e produção da vida⁶¹. Sobre isso, afirma Labrusse-Riou (1991, p. 23-24)

A confusão das categorias jurídicas justifica que a experimentação possa prevalecer sobre a terapia, que a missão de proteção dos incapazes inclua uma faculdade de exposição até de disposição dos seres sem palavras reconhecidas, que o interesse coletivo funda um direito de exceção pela ciência e em definitivo que os seres humanos sejam possivelmente reduzidos a material de pesquisa.

A soma entre finalidade terapêutica da pesquisa científica, dignidade humana e a necessidade de sistematização do direito é o que permite a construção jurídica do corpo como coisa. Savatier (ano, p. 516) afirma que o corpo não pode ser objeto de comércio, porque é elemento da pessoa e há uma preeminência da pessoa sobre os bens, de modo que não pode ser estimado em dinheiro. Essa ideia de Savatier está presente no art. 16 do Código Civil francês,

⁶¹Se o corpo é tornado coisa para não ser comercializado, não se trata de exploração enquanto mercadoria com fins de lucro. É a pesquisa médica para o tratamento de doenças que fomenta essa reificação: proteção e produção da vida. Trata-se do que Foucault chamou de biopolítica.

mas que, como aponta Galloux (2004, p.388-389), a despeito da reafirmação do Código sobre a ligação entre pessoa e corpo, este encontra-se “pouco a pouco reificado, nas suas partes como em sua totalidade, que seja morto ou, mais grave, que seja vivo”, como é no caso da “experimentação científica sobre o embrião humano”.

Essa ideia de proteção do corpo, como um elemento encarnado da pessoa, é, para Galloux (2004, p. 392) uma ficção de “contingência ajustável aos desejos dos indivíduos e às necessidades da biomedicina, e não mais como a realidade fundamental e intangível da condição humana”. Para Labrousse-Riou (1991, p. 111), o embrião humano é justamente o principal exemplo dessa contingência da noção de pessoa mediante as descobertas científicas, já que está “de um lado reduzido a material de laboratório e de outro valorizado como ser desejado”. Edelman (2009, p. 29) também aponta que é nesse sentido que os embriões não são pessoas – porque não nasceram - , mas também não são coisas, porque configuram vida humana potencial.

No Brasil, não é permitida a venda de corpos ou parte dos corpos, mas doa-se sangue e órgãos, células tronco são utilizadas para a pesquisa científica para a busca por tratamentos de doenças e doa-se leite materno a bancos de leite. Como são doados, não tem valor econômico direto⁶², mas tem relevância jurídica. Assim, Gediel (2010, p. 9) afirma que as partes do corpo “podem ser classificadas, grosso modo, como coisas, de natureza especial e fora do comércio, em virtude da gratuidade obrigatória e do finalismo de seus atos”.

Também entende desse modo Seriaux (1996, p. 149), na sua interpretação do Código Civil francês, no qual o corpo humano é “expressão de uma dignidade” e não pode ser mercadoria, apesar de poder ser disponível. Segundo o autor, é possível dispor de seu próprio corpo, desde que não seja onerosamente. Tal concepção parece conforme a de Pontes de Miranda, que estabelece a necessidade da vontade do possuidor para a disposição das partes do corpo, que seriam classificadas como coisa.

⁶²Autores como Galloux (1989) apontam que partes do corpo tem relevância econômica final, já que as pesquisas com células tronco, por exemplo, resultam em medicamentos que serão comercializados.

Destaca-se que a ideia de coisas fora de comércio não é mencionada pelo Código Civil brasileiro vigente, de 2002. É o art. 69 do Código Civil de 1916 que estabelecia que “São coisas fóra do commercio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis”. Sobre isso, Ribas (1915, p. 412-413) explica que

em relação á sua alienabilidade ou á capacidade de serem transferidas de um proprietario a outro, as cousas dividem-se em duas classes: I. As que estão no commercio: isto é, que podem ser livremente alienadas; e II. As que estão fóra do commercio, ou que não são susceptíveis desta livre alienação.

Assim, produtos do corpo, como os dados genéticos pessoais, são transferidos em relações jurídicas classificadas como extrapatrimoniais, dada a gratuidade de seu ato (CÔRREA, 2010, p. 51). O Código Civil de 2002 não faz menção às coisas fora de comércio, mas a extrapatrimonialidade aparece vinculada à personalidade. Gediel (2010, p. 8) esclarece que “pessoa, personalidade jurídica e sujeito de direito e corpo humano são indissociáveis, pelo menos, na perspectiva jurídica constitucional e civil” e que é essa indissociabilidade que “o corpo, em sua totalidade, não é claramente classificado nem tratado pelo Direito como bem jurídico independente do sujeito de direito”.

Há a proibição de comercialização, mas não quer dizer que não há apropriação. Mediante disposição gratuita, é possível doar sangue e órgãos, além de dispor do corpo todo após a morte. Ainda, há partes do corpo, como os cabelos, que são comercializáveis. Essa ideia pode ser verificada inclusive na ADI 3510:

Como as práticas contemporâneas demonstram que o ser humano (e não apenas o ser já dotado de personalidade, vale dizer, a pessoa humana) pode ser objeto de comércio ou de interesse do mercado, coube ao Direito impedir que isto seja factível e exercitável pela negociação de embriões, pelo aluguel de úteros para fecundações tendentes a não se completarem em gestações, mas apenas para fornecer material humano, tecidos, órgãos ou substâncias serventes a pesquisas e estudos, muitas vezes levados a cabo para cumprirem interesses de lucro de empresas específicas. (BRASIL, 2012, p. 354)

As partes destacadas do corpo humano são disponíveis porque têm a finalidade de cura. Além disso, a pesquisa feita com essas partes do corpo pode resultar em lucro, mesmo que quem tenha as originado não se beneficie do produto comercializado (GALLOUX, 1989, p. 1019). Sendo assim, sob esse viés,

as partes do corpo são bens apropriáveis, não são parte da pessoa e são coisas fora do comércio.

Gediel (2000, p. 96), ao tratar dos atos de disposição do próprio corpo⁶³, esclarece que o corpo se torna objeto “apenas do ponto de vista técnico-jurídico, para viabilizar o exercício de uma liberdade do sujeito regulada pela ordem jurídica”,

A tutela jurídica do corpo humano, ao reafirmar a ideia de sua dignidade intrínseca e de sua singularidade essencial, permitindo a disposição voluntária pelo sujeito, abre espaço, muitas vezes, à reificação e patrimonialização do corpo, com base em parâmetros econômicos, despidos de conteúdo ético (GEDIEL, 2000, p. 108)

A partir do estudo sobre os atos de disposição do próprio corpo, Gediel (2000) traça a ambiguidade do estatuto jurídico do corpo identificando a noção de dignidade humana como seu catalisador no ordenamento⁶⁴, operando também como critério de ordenação do discurso para distinguir pessoa de coisa.

Os atos de disposição do corpo estão previstos no art. 13 do Código Civil brasileiro, que estabelece a proibição de tais atos quando gerarem diminuição permanente à integridade física ou contrariar os bons costumes. No mesmo artigo também se estabelece que atos de disposição do próprio corpo são permitidos mediante exigência médica. Segundo Teixeira (2010, p. 268), esse artigo tem por finalidade a proteção da autolesão ao impor limites para a disposição do próprio corpo: o limite da disposição do corpo é a integridade física da pessoa (PERLINGIERI, 2005, p. 478). Por disposição entende-se “separação de uma parte do restante do corpo” e a “utilização do corpo para alguma finalidade dirigida a outrem” (TEIXEIRA, 2010, P. 270), de modo que dispor do próprio corpo é um ato de autodeterminação, conforme a autora. Porém, esse ato de autodeterminação deve ser gratuito, porque o corpo, configurado como um bem da personalidade, é classificado como extrapatrimonial.

Retoma-se que, segundo Vieira (2015, p. 22), o corpo é, para o direito, um “conjunto dos aspectos somáticos do ser humano”. A autora também afirma que, de modo geral, para o direito o corpo é o substrato material da pessoa. O

⁶³ Os atos de disposição do próprio corpo são, advém da discussão e da época xxx

⁶⁴ A análise sobre a relação entre o enunciado da pessoa (pessoa distingue-se de coisa) e a dignidade humana encontra-se no capítulo 3 da presente dissertação

corpo associado à pessoa é tutelado como um direito da personalidade – listados nos arts. 13 a 15 do Código Civil de 2002.

Por sua vez, os direitos da personalidade são “direitos subjetivos que protegem os diversos aspectos ou projeções da personalidade humana, os bens essenciais que integram o ser do homem” (VIEIRA, 2015, p 35). Nisso, a autora também afirma que o fundamento maior dos direitos da personalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

A necessidade do resguardo dos direitos da personalidade pela dignidade da pessoa humana é prevista pelos arts. 11 e 12 do Código Civil de 2002. O artigo 11, especificamente, descreve duas características dos direitos da personalidade, a saber, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, mas também são características a indisponibilidade, a imprescritibilidade, a essencialidade e o caráter *erga omnes*.

O direito ao próprio corpo inclui-se entre os direitos da personalidade e, portanto, possui as mesmas características que todos os outros direitos da personalidade. Contudo, o corpo não é totalmente indisponível, pois torna-se disponível em alguns casos, como nos transplantes (art. 1º da Lei de Transplantes) ou em cirurgias estéticas. Disso extrai-se que apesar do corpo figurar os direitos da personalidade, não se submete à característica de indisponibilidade, visto que pode ser disponível em alguns casos. Desse modo, para o corpo vigora o princípio da disponibilidade limitada, isto é, se admite que a pessoa disponha de seu corpo desde que observados certos limites impostos pelo ordenamento jurídico (VIEIRA, 2015, p. 36).

Pela teoria da pluralidade dos direitos de personalidade, vê-se admissível o direito ao próprio corpo enquanto direito da personalidade não se subsumir totalmente ao critério da indisponibilidade. Também através dessa teoria é que pode compreender o direito ao próprio corpo como direito de personalidade autônomo, distinto de outros como direito à imagem ou direito à identidade (VIEIRA, 2015, p. 38).

Portanto, o direito ao próprio corpo é o direito que a pessoa tem de utilizar, fruir e até intervir sobre seu corpo e suas partes, desde que respeitados os limites impostos pela lei, pela ordem pública e pelos bons costumes.

Destaca-se também o caráter extrapatrimonial do direito ao próprio corpo (CHAVES, 1986, p. 86), isto é, de que o corpo não é passível de avaliação econômica, visto que é direito regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que afirma a pessoa enquanto fim em si mesma, impossibilitando-a de ser considerada como objeto. Desse modo, vê-se como a dignidade opera como critério de limite à disponibilidade do corpo.

Apesar da dignidade enquanto limitadora da autonomia privada - entendida como “poder que o ordenamento jurídico atribui aos sujeitos para regular suas relações e situações privadas, autoridade e poder de autorregulamentação dos próprios interesses e relações” (VIEIRA, 2015, p. 59) - figurar como elemento central na justificativa da proibição de tornar o corpo um objeto de valor patrimonial.

No mesmo sentido, Borges (2007, p. 108) afirma que normas jurídicas que limitam o exercício da autonomia privada relativamente aos direitos da personalidade não são admissíveis, a não ser com função de proteção à pessoa contra atos de terceiros, visto que, na opinião da autora, o dever do direito de proteger o indivíduo contra si mesmo imputando-lhe deveres ou proibições diversos configuraria instrumento de opressão. Destaca-se que esse problema jurídico da mercantilização do corpo é proposto nos mesmos moldes desde o início do século XX, com Josserand (1932, p.1), que indica que apesar da idealização da não mercantilização do corpo pela tutela da pessoa, a própria ideia de pessoa humana é tratada por vezes como um valor econômico e jurídico, diz que “ela se eleva – ou ela se abaixa ao nível de uma coisa; ela se comercializa, ela se patrimonializa”. Apesar da distância histórica entre os autores, há a presença de uma mesma construção. A repetição de uma maneira de falar e ver objetos, sob uma arqueologia, evidencia a presença de enunciados que formam um discurso. O enunciado que opõe a categoria de pessoa à categoria de coisa, formulado com a Escola Histórica do Direito, no século XIX, é atravessado por um outro enunciado, a saber, da dignidade da pessoa humana. Este último enunciado que opera no discurso com a função de

atribuição de um valor distinto à pessoa humana é o que incide sobre os chamados direitos da personalidade.

Por outro lado, além do corpo poder ser enquadrado na categoria dos direitos da personalidade, também pode ser considerado como coisa, configurando, desse modo, a ambiguidade do estatuto jurídico do corpo. Explicita-se que o corpo quando considerado em sua totalidade é referido aos direitos da personalidade, mas quando pensado como conjunto de várias partes, fragmentado, também pode ser considerado como coisa (FONSECA, 2014, p. 205).

O corpo como integridade física, substrato material do sujeito, figura como direito da personalidade. A preservação do corpo é pensada como preservação da personalidade. Portanto, salvaguardar o direito ao próprio corpo é realizar a defesa da pessoa e sua dignidade. Contudo, quando o corpo é pensado fora do campo da integridade, isto é, enquanto conjunto de fragmentos ou partes, estas partes são vistas como bens disponíveis ou indisponíveis. (FONSECA, 2014, p. 207-208).

Para o corpo ser construído juridicamente como coisa disponível afastam-se as características da categoria da pessoa. Ainda, justifica-se esse afastamento através da noção de autonomia privada – desdobramento da categoria jurídica da pessoa: o corpo é coisa à pessoa. Sustentando a ideia de Savigny do Direito como um sistema, as categorias jurídicas são mobilizadas de modo a classificar o corpo dessa forma. Como esse sistema é fundado na ideia de proteção a liberdade por meio da autonomia, justifica-se justamente a disposição do corpo por meio da prevalência dessa autodeterminação.

Bens apropriáveis ou conteúdo extrapatrimonial da personalidade? A dificuldade em enquadrar o corpo no direito se dá pela oposição absoluta entre as categorias de pessoa e coisa, em que opera o enunciado da pessoa. Por vezes se fala do corpo como substrato da pessoa e por vezes se fala como coisa destacada. Por vezes o corpo é indisponível e por vezes é disponível. Contudo, essa variação na classificação jurídica do corpo repete um padrão: o que permite e limita o que é possível falar sobre o corpo é o enunciado da pessoa.

Identificou-se que o enunciado da pessoa é formulado pela Escola Histórica do Direito, no século XIX, que pensa o direito a partir dos conceitos de autonomia e sistema. Apesar disso, também aparece como critério para a classificação do corpo a noção de dignidade humana.

Decisões judiciais como essas agrupadas no arquivo da pesquisa mostram o jogo operado pelo discurso jurídico, esse campo de palavras que funciona como uma grelha conceitual capaz de balizar o modo olhar os corpos e suas partes. O enunciado da pessoa é um dos traços ordenadores dessa grelha conceitual, mas também a dignidade humana opera na modulação do discurso jurídico. Desse modo, é necessário investigar qual a função da dignidade humana e qual o significado do corpo como um direito da personalidade.

3 O ENUNCIADO DA DIGNIDADE

K.L. tinha dezessete anos quando descobriu que estava grávida. Ao realizar uma ecografia, também descobriu que o feto que carregava era anencefálico. Sua intenção era realizar o aborto, que é legalizado no Peru⁶⁵, desde que seja por finalidade terapêutica. Contudo, o diretor do hospital não assinou a autorização que permitia a interrupção terapêutica da gravidez. K.L. foi obrigada a manter a gestação até o fim. O bebê nasceu, foi amamentado por quatro dias e morreu. K.L. entrou em depressão. (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2005)

Isso aconteceu em 2001. A ação foi ajuizada no Comitê de Direitos Humanos em 2003 e julgada em 2005. O Comitê decidiu que o Peru falhou em garantir acesso aos serviços legalizados de aborto para uma adolescente grávida, assim violando suas próprias leis além de diversos artigos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁶⁶ - especialmente o art. 7, que estabelece que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes” (BRASIL, 1992).

Esse dispositivo de direito internacional também consta no art. 5 da Declaração de Direitos Humanos de 1948 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) e no art. 5, inciso III, da Constituição Federal: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1998). Trata-se de uma proibição ao desrespeito à dignidade humana.

Portanto, no caso K.L. contra Peru a decisão teve por fundamento a proteção da dignidade humana da gestante. Na ADPF 54 também há argumentação nesse sentido, como no seguinte trecho:

A gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a

⁶⁵Código penal peruano

⁶⁶O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é um dos três instrumentos que compõe a Carta Internacional dos Direitos Humanos, conjuntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade.
(BRASIL, 2008, p. 14)

Aponta-se que proibir interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo consiste em uma ofensa à dignidade humana⁶⁷. Fetos com essa anomalia não sobrevivem fora do útero e, com isso, seria indigno à gestante sustentar essa condição.

Por outro lado, em outros trechos da referida decisão judicial, também se argumenta pelo direito à vida do feto, que seria pessoa humana em potencial.

Tem dignidade, e dignidade plena, qualquer ser humano que esteja vivo (ainda que sofrendo, como o doente terminal, ou potencialmente causando sofrimento a outrem, como o anencéfalo). O feto anencéfalo tem vida, e, posto que breve, sua vida é constitucionalmente protegida. (BRASIL, 2008, p. 393)

Nesse caso, o feto é considerado um ser humano em potencial e já vivo, o que estabelecerá sua proteção e garantia de dignidade. Assim, os argumentos pela interrupção antecipada da gestação de feto anencéfalo e pela não interrupção tem o mesmo fundamento, a dignidade humana. Há uma diferença radical, quanto ao corpo, entre interromper uma gravidez e parir um feto anencéfalo, mas essas diferenças são contrapostas no mesmo plano da dignidade humana. Como interferências antagônicas sobre corpos e partes de corpos podem ter o mesmo fundamento jurídico? E qual a posição do termo corpo no discurso da dignidade da pessoa humana?

Para perseguir essas questões, antes é necessário explorar o que se entende por dignidade da pessoa humana. Tanto a ADPF 54 quanto a ADI 3510 trazem definições doutrinárias sobre o que significa esse termo. Portanto, a investigação se inicia com as decisões judiciais e avança para a descrição da construção doutrinária da dignidade humana reativada nessas decisões.

Contudo, a despeito da ideia jurídica de dignidade humana, resguarda-se subrepticamente a ideia do que signifique humano. O que é humano e o que é o corpo humano no discurso jurídico? Tanto a ideia de humanidade quanto de corpo humano remontam a noção do sujeito enquanto um duplo empírico transcendental, como elaborado por Kant – como as próprias decisões e a

⁶⁷Tal problemática também é objeto de decisões judiciais e doutrina francesas, como aponta Fabre-Magnan (2007, p. 309)

doutrina mesmo indicam. Sendo assim, também é necessário investigar a formação dessa ideia de humano e de corpo humano que se movimentam pelo preceito ético da dignidade.

Como o procedimento arqueológico estabelece, é preciso identificar os enunciados repetidos e o processo de sua invenção e transformação. Também é necessário traçar o que pode e o que não pode ser dito ou escrito em determinada formação histórica, além do que pode ou não ser feito a partir da distribuição operada por um discurso.

Trata-se de identificar os enunciados que são condição de possibilidade do discurso jurídico, as funções que estabelecem uma regularidade do que pode ser dito e o que é interdito, nas decisões judiciais do arquivo, sobre o corpo.

Especificamente nesse capítulo investiga-se o enunciado da dignidade humana. Desde as Cartas de Direitos Humanos a dignidade humana aparece no discurso jurídico repetida com a mesma forma: o valor do humano é sua dignidade e o valor das coisas é sua utilidade – assim como elaborado por Kant, em sua ética. Essa mesma função enunciativa é encontrada tanto nas decisões judiciais quanto na doutrina jurídica especializada.

Desse modo, para realizar a análise do discurso jurídico sobre o corpo enquanto dignidade humana, é preciso delinear qual o enunciado da dignidade humana e seu momento histórico de formação, além do significado do corpo a partir desse enunciado (3.1). Também será necessário identificar como esse enunciado está vinculado ao discurso jurídico e qual o seu funcionamento nesse discurso (3.2).

3.1 A CONVERSÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE HUMANA E O DUPLO EMPÍRICO TRANSCENDENTAL

A anencefalia é definida como uma falha no fechamento do tubo neural que resulta na “ausência total ou parcial da calota craniana (crânio e couro cabeludo) e do cérebro” (SANTANA, CANÊDO & VECCHI, 2016), sendo que a maior parte dos recém-nascidos morre dias após o parto.

Em 2012 foi julgada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54 (ADPF 54), ação ajuizada no Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Essa ação tratava, justamente, da possibilidade de interromper a gravidez de um feto anencéfalo – que morreria poucos dias após o parto.

O que para os cientistas é uma questão de doença e de vida, para o relator da ADPF 54 o que está em jogo, para decidir pela permissão da interrupção de gravidez de feto anencéfalo, é a “dimensão humana” (BRASIL, 2012, p. 13)⁶⁸. Também o relator afirma que é especificamente essa dimensão humana que impede que uma pessoa seja considerada como coisa.

Como analisado no capítulo anterior, essa distinção entre pessoa e coisa é a função do enunciado da pessoa. Contudo, há uma especificidade acrescentada à esse enunciado: o critério para opor pessoa à coisa é a humanidade, é a “dimensão humana” que determina a possibilidade de personalidade. Em outro trecho, afirma-se que

A questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. (BRASIL, 2012, p. 34)

Isto é, o que aparece como questão jurídica é: a regra que proíbe e pune a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é compatível com a noção de pessoa humana e com os direitos que desta derivam? Por outro lado, o corpo da gestante e suas partes e o feto anencéfalo, isoladamente, não compõem uma questão jurídica. Também não são especialmente problemas jurídicos a doença e o início da vida, que aparecem como fatos prévios à incidência de regras jurídicas.

Estes termos só suscitam uma discussão na esfera do Direito quando evocam as noções jurídicas da personalidade ou da dignidade humana. Em outro trecho, explicita-se que “Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a

⁶⁸ Há uma diferença acerca de como o corpo enquanto objeto emerge nos dois discursos (médico-científico e jurídico). Essa diferença é destacada no tópico 3.2.1, mas vale, por ora, destacar o modo como o discurso jurídico sobre o corpo funciona.

autonomia e a dignidade humana dessas mulheres” (BRASIL, 2012, p. 67) e não o seus corpos, as enfermidades do feto ou o início da vida.

Esses índices também são afastados do campo jurídico na Arguição de Descumprimento Fundamental de número 3510. Essa ação, ajuizada pelo Procurador Geral da República em 2008, tratou da adequação de um dispositivo da Lei de Biossegurança à Constituição. Este dispositivo permitia o uso de células tronco embrionárias produzidas através da fertilização *in vitro* para pesquisas científicas. Contudo, argumentou-se que essas células são vida humanas em potencial, de modo que não poderiam ser usadas para pesquisa – visto que há a proibição jurídica de que humanos sejam considerados como coisas.

Essa proibição é, justamente, resultado da proteção da dignidade humana. “Sucedem que – este o *fiat lux* da controvérsia – a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento”⁶⁹ (BRASIL, 2008, p. 169). A pesquisa científica, a manipulação de células tronco em laboratório *in vitro*, as doenças que podem ser remediadas com as informações obtidas por essas pesquisas, as próprias células tronco ou o início da vida não são questões jurídicas. Só se tornam questões jurídicas se formuladas pela noção de dignidade humana.

As células tronco, especificamente, só se tornam objeto do discurso jurídico quando enquadradas como coisa ou pessoa humana, digna. Aliás, na ADI 3510 especifica-se que a dignidade é característica correlata da humanidade e que a personalidade é um atributo da pessoa humana.

O que se extrai dessas iniciais considerações é o seguinte: a Constituição, no art. 1º, inciso III, fala, sim, de dignidade da pessoa humana, mas ela já se autoexplica: dignidade da pessoa ou de um ser dotado de personalidade, porque só a pessoa humana detém personalidade. A personalidade é um atributo da pessoa humana. (BRASIL, 2008, p. 313)

⁶⁹A expressão “fiat lux”, que significa “faça-se luz”, remete à passagem bíblica da criação divina da luz, em Gênesis 1:3. Afirmar que a dignidade humana é o *fiat lux* da controvérsia, nesse contexto, significa que a dignidade humana é o termo jurídico a ser discutido. Mas a analogia entre dignidade humana e criação da luz também remete a posição dessa ideia no ordenamento jurídico brasileiro. A dignidade humana opera a imagem de fundamento criador e iluminador das demais regras jurídicas, como o sentido ou o critério de verdade para o adequado funcionamento do direito enquanto sistema. O *fiat lux*, o ponto fulcral, o *quid*, a essência, o cerne das questões jurídicas que envolvem o corpo é a dignidade humana.

Se a personalidade é atributo da pessoa humana e esta é protegida pela dignidade, questiona-se se as células tronco embrionárias produzidas via fertilização *in vitro* são pessoas ou coisas, se devem ser protegidas ou se podem ser usadas.

A decisão da ADI 3510 estabeleceu que esse tipo de células produzido em laboratório jamais se tornaria um ser humano, sendo apenas partes quaisquer do corpo e com o estatuto jurídico de coisa. Assim, não se considera a proteção pela dignidade.

As palavras do discurso jurídico sobre o corpo se enovelam por esses termos: personalidade, coisa, dignidade, humanidade. No capítulo anterior, investigou-se a função enunciativa da pessoa, que estabelecia a oposição na classificação jurídica entre pessoas e coisas. Neste capítulo, investiga-se o enunciado da dignidade humana. Sendo assim, questiona-se: o que é dignidade e o que é humano, nesse discurso?

No arquivo de decisões judiciais, o conceito de dignidade humana não é explicado, é pressuposto e usado. É o que organiza e distribui o corpo e suas partes nas classificações do discurso jurídico. Somente em um trecho, dentre todas as páginas dessas decisões, é que buscou-se definir o que é dignidade humana. Na página 223 da ADPF 54 consta a definição de dignidade humana de Kant, explicada por Rabenhorst:

no reino das finalidades humanas, diz Kant, tudo possui um preço ou uma dignidade. Aquilo que possui um preço tem um valor relativo, isto é, pode ser comparado ou substituído por algo equivalente. Em contrapartida, a dignidade é atribuído apenas daquilo que é insubstituível e incomparável, ou seja, daquilo que, pelo simples fato de possuir um valor absoluto, encontra-se acima de qualquer preço. Ora, apenas o homem, enquanto ser racional e autônomo, isto é, como o único ser capaz de fixar livremente metas ou planos de vida, encontra-se nesta segunda situação. Logo, conclui Kant, o homem não pode ser tratado – nem por ele próprio nem por outro homem – como um mero meio para a obtenção de alguma coisa, mas deve ser sempre considerado como um fim em si mesmo. (RABENHORST, apud BRASIL, 2012, p. 223-224)

Assim, segundo esse uso, a dignidade é atributo do homem. Esse atributo deriva da constatação de que o homem é o único ser racional e autônomo, diferenciando-se dos outros seres. Destaca-se que o autor usado para fundamentar a ideia de dignidade humana é Kant e que essa ideia está vinculada à noção kantiana de autonomia e de sujeito. Como o procedimento arqueológico

exige, no tópico 3.1.1 será explorada a formação desse conceito. Contudo, antes é necessário ainda investigar a conceituação doutrinária brasileira sobre o que é a dignidade humana.

Vale destacar que não é somente Rabenhorst, citado nessa decisão, que explicita a influencia de Kant para a construção do significado de dignidade humana. Também Sarlet (2006, p. 34) aponta que é no pensamento de Kant que a maior parte da doutrina do direito busca a fundamentação para o conceito de dignidade humana. Por isso o autor, do mesmo modo, aponta que a dignidade advém da autonomia do homem, da natureza racional do ser humano (SARLET, 2006, p. 32-33). Também afirma que a pessoa humana ocupa um lugar privilegiado em relação aos outros seres vivos justamente devido à essa sua natureza racional.

Ainda, desenvolve o argumento esclarecendo que ser dotado de razão e consciência é a característica comum entre os seres humanos, o que estabelece sua igualdade (SARLET, 2006, p. 44). Assim, estabelece que a dignidade humana é releitura e recontextualização do pensamento de Kant, de modo que passa a ser compreendida juridicamente como “vedação de instrumentalização humana” que “proibe a completa e egoística disposição do outro” como “meio para alcançar determinada finalidade” e que um critério para identificar essa conduta de instrumentalização é justamente a “intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro” (SARLET, 2006, p. 51).

Também aponta que essa vedação da instrumentalização do humano e de igualdade universal entre os humanos pela racionalidade é justamente o que está presente no art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), que estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” (ONU, 1948). Portanto, além de indicar a noção de dignidade humana está vinculada ao pensamento kantiano, também aponta que esse uso está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, juridicamente positivada. Há a adoção jurídica de uma ideia filosófica da ética de Kant. O

enunciado originalmente filosófico é englobado pelo discurso jurídico, atravessando as margens da Filosofia ao Direito⁷⁰.

Outro autor que aponta a influência de Kant sobre o uso jurídico da noção de dignidade humana é Barroso (2010). O autor destaca que a dignidade está vinculada à autonomia, que expressa a liberdade e a capacidade de autodeterminação (BARROSO, 2010,p. 17). Também aponta que a dignidade é uma noção da moral, criada a partir do conceito kantiano de imperativo categórico. Ainda afirma que o imperativo categórico é uma fórmula para determinar a ação ética. Essa relação entre ética e dignidade humana também é apontada no direito por Andrade (2004, p. 6-7).

Sarmiento (2016, p. 36) também postula pelo vínculo entre direito, liberdade e dignidade através do pensamento de Kant. Afirma que a estruturação kantiana das leis morais como máximas universais válidas para todas as pessoas já destaca o caráter de igualdade.

Todos esses autores retomam Kant para explicar o que é dignidade humana. Também estabelecem que a dignidade humana está vinculada à autonomia e à igualdade. Barroso (2010, p. 21) avança o argumento afirmando que a dignidade pode até variar em ordens jurídicas diferentes, mas sempre manterá um “sentido universalizável, aplicável a qualquer ser humano, com um conteúdo humanista. A questão não é nem a dignidade, mas o pressuposto de que há algo universal entre o gênero humano pelo humanismo”. E esse algo universal no gênero humano é liberdade e a razão, como também pondera Sarmiento (2016, p. 37).

Apesar dessas conceituações do que é dignidade humana, os autores não esclarecem que as noções de autonomia, liberdade e igualdade advêm da concepção moral do sujeito em Kant. Para esse filósofo, todos esses conceitos morais decorrem de sua concepção de sujeito. E, como se destaca no tópico 3.1.1,o sujeito, para Kant, é um duplo empírico transcendental. Contudo, antes

⁷⁰Não se trata de definir o que é Filosofia ou Direito, mas apenas de indicar que a Filosofia e o Direito são formações históricas distintas e que o enunciado da dignidade não se restringe a somente uma delas, mas é repetido e usado independentemente dessa distinção.

de explorar esse conceito, cabe apontar como Kant formula a ideia de dignidade humana e qual sua relação com a autonomia.

Em primeiro lugar, cabe destacar que este tópico não visa sistematizar ou empreender uma exegese da obra de Kant, mas apenas delimitar o percurso do autor no desenvolvimento do conceito de dignidade humana. Assim, não há a estrita delimitação dos significados dos conceitos kantianos de modo sistemático, mas a circunscrição dos traços de um modelo de pensamento que ainda ecoa no discurso jurídico das Cortes Superiores no Brasil. O objetivo com este tópico é identificar a formação conceitual que fomenta justamente esse discurso jurídico sobre o corpo. O que é dignidade humana para Kant e qual a relação com o discurso jurídico sobre o corpo?

De antemão, é necessário apontar que existem diversas interpretações sobre o significado da expressão dignidade humana em Kant, sejam elas advindas de estudiosos da filosofia kantiana, de juristas ou de médicos que estudam ética. A pluralidade de interpretações já realça a dificuldade em lidar com tal conceito; cada área de saber remonta diferentemente o conceito diante de conflitos éticos.

Sambuc & Le Coz (2012, p. 219), em estudo sobre a justificação teórica dos transplantes de órgãos, afirmam que a dignidade humana é um valor universal, absoluto e inalienável aplicado à pessoa e seu corpo, sob um ponto de vista filosófico. E, como esse conceito tem importância para as leis que tratam de bioética, tornou-se também um conceito operacional no plano jurídico – o que se evidencia nas decisões judiciais analisadas na presente dissertação. Nesse sentido, a dignidade humana é um conceito filosófico operacionalizado pelo discurso jurídico.

Os autores prosseguem afirmando que a contribuição de Kant à justificação teórica dos transplantes de órgãos reside em dois pontos: a) respeito à dignidade como condição sem a qual não há uma prática moral e autorregulada de transplantes; b) a análise do conceito de dignidade permite atualizar/modernizar (*mettre à jour*) seu lugar apodítico com outros conceitos como os de sujeito, boa vontade, razão, imperativo categórico e fim em si, para determinar seu caráter operatório necessário à lei para regular as atividades de

transplante. (SAMBUC & LE COZ, 2012, p. 220). Apesar do objeto da investigação dos autores ser especificamente o transplante de órgãos, destaca-se que os órgãos são partes do corpo e que são criados justamente por um discurso jurídico sobre o corpo. Ainda, destaca-se para esses dois aspectos apontados pelos autores: a) dignidade com uso prático e; b) Atualização dos conceitos kantianos para conceber um caráter operatório no direito. Evidencia-se, portanto, que a interpretação jurídica sobre a obra de Kant é enviesada pela necessidade de operação com os conceitos – e não necessariamente a necessidade de rigor lógico ou justificação científica.

De todo modo, os autores apontam como relevante ao direito o estudo preciso dos conceitos kantianos. Também entende desse modo Reboul (1970), que busca resposta para uma série de questões⁷¹ que levanta a partir da segunda formulação do imperativo categórico na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e da ideia que advém deste: o homem não é uma coisa (KANT, 2007, p. 70).

Destaca-se que o conceito de imperativo categórico é um conceito mobilizado para responder à questão “O que devo fazer?”. É elaborado no livro *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785, conjuntamente com os conceitos de direito, dever e moral, que entrelaçados constituem a resposta para tal questão proposta. Antes da publicação desse livro, Kant havia publicado a *Crítica da Razão Pura*, de 1781, livro em que buscava responder à questão “O que posso saber?”, que o leva a estabelecer um método para pensar a possibilidade da ciência. A *Crítica da Razão Pura* é uma investigação sobre a possibilidade do conhecer, enquanto que a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, é uma investigação sobre o agir. As questões epistemológicas teóricas (conhecer) e morais práticas (dever agir) estão vinculados no projeto kantiano pela ideia de sujeito. Ocorre que existem três definições para sujeito em

⁷¹ As questões que levanta: a) em que se apoia a dignidade humana, no fato da pessoa ser dotada de razão?; b) Nesse caso, um louco ou um idiota congênito podem ser tratados como coisas?; c) é preciso definir a dignidade pela moralidade, o valor efetivo de um homem?; d) Se assim, então um criminoso, um viciado ou um homem culpável em geral serão desprovidos de dignidade?; e) se a dignidade humana é um valor transcendente que diz respeito à humanidade e não ao homem concreto, é possível a respeitar na “moral vazia, nas relações jurídicas, políticas, econômicas entre os homens?”; f) A dignidade humana não é relegada a um reino dos fins?; g) o reino dos fins não é outro lugar que não este mundo? (REBOUL, 1970, 189)

Kant: a) transcendental; b) empírico; c) moral. O primeiro diz respeito à estrutura cognitiva do sujeito, das condições de possibilidade de todo conhecimento. O segundo trata do sujeito como dado, aquele que pode ser conhecido por meio dos sentidos. O terceiro é aquele do mundo prático, autônomo e com fim em si mesmo. (MARTINS, 2004, p. 201). Apesar dessa pluralidade de sujeitos na teoria kantiana, isso não significa que sejam sujeitos diferentes independentes, mas modalidades ligadas. Ainda assim, Sambuc & Le Coz (2012, p. 221) afirmam que a dignidade é deduzida especificamente da ideia de homem como pessoa, um sujeito moral – como um recorte na sistematização de Kant que é depois enxertado no discurso jurídico.

Não cabe explorar a complexidade do pensamento de Kant, mas esclarece-se que os conceitos em Kant tem um significado bastante específico. O sujeito moral, por exemplo, é um conceito fundado na ideia de autonomia. A causa da autonomia é a razão e o efeito da autonomia é a liberdade. E é somente diante da constatação da liberdade que Kant questiona: como é possível saber que as regras que conduzem a um agir podem ser moralmente boas ou moralmente más, do ponto de vista objetivo? É por causa dessa questão que Kant é levado a formular o imperativo categórico.

Para responder tal questão, Kant retoma a tradição da filosofia moral até seu tempo, mas acaba por reformular as condições de possibilidade de uma validação objetiva das regras morais procurando um princípio da razão. Tal princípio da razão que validaria a própria regra subjetiva como objetiva ele chama de lei moral. Essa lei moral, que chama de imperativo categórico, diz: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2007, p. 59), isto é, deve-se agir de um modo que a regra subjetiva que guia sua própria ação tenha validade universal e, assim, também outra pessoa possa igualmente agir em qualquer situação, tempo ou lugar.

Essa lei moral pode ser entendida como um princípio de universalização de máximas particulares ou específicas, válida para todo ser que utilize a razão. Destaca-se que, para Kant, os seres humanos são racionais, mas também são seres finitos que além de agir de acordo com a razão também agem de acordo com a sensibilidade (os sentimentos, os desejos, as sensações). Assim, Kant

mostra como o sujeito está dividido entre a razão e a paixão, de modo que a ação humana é determinada por ambos (OMAR-PEREZ, 2017). É porque é possível escolher entre agir de acordo com a sensibilidade (desejos, sensações, etc) ou de acordo com a razão que se é livre. Outros seres não podem tomar esse tipo de escolha, por exemplo. Por consequência, para Kant, agir moralmente é agir de modo livre. Do mesmo modo, o conceito de dever, em Kant, consiste na moralidade em forma de mandamento, de desafio, de imperativo (HOFFE, 2005, p. 193). É o agir livre na forma de lei universal. O imperativo categórico, então, é a lei moral universal baseada em uma máxima do agir, que pode ser aplicada a todos independente das ambições, sensações ou desejos de quem a formula.

Para Reboul (1970, p. 190), o imperativo categórico é aquilo que estabelece a ação como necessária do ponto de vista objetivo, como necessidade e sem mediação. A ação não é voltada para um fim ulterior, pois perderia seu valor moral justamente por não ser autônoma. O fim deve valer para todo ser racional universalmente, que o torna absoluto. O autor também afirma que o imperativo categórico prescinde do reconhecimento de um fim em si mesmo e este fim em si mesmo é o homem. Isto porque os fins das coisas são criados pelo homem, que não tem finalidade ele mesmo: “porque o homem é o único ser capaz de dar um sentido ao mundo⁷²”, “é o sujeito de todos os fins possíveis, o homem é fim em si mesmo⁷³”. Trata-se da ideia de homem não como ser de desejo e nem ser de cultura e sociedade, mas um ser dotado de uma vontade e capaz de obedecer a lei moral que esta vontade lhe impõe. (REBOUL, 1970, p. 191)

E o que dá validade à essa lei moral é justamente a autonomia. Essa lei moral que determina vontades e vale por si mesma só é absoluta e universal porque é criada justamente pela vontade do homem ela mesma. Essa lei determina a vontade, mas como ela é escolhida, considera-se uma forma de autodeterminação (REBOUL, 1970, p. 197. É isso que leva Kant (2007, p. 79) a afirmar que a “Autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana

⁷²Do original: Car l’homme est le seul être capable de donner un sens au monde.

⁷³Do original: parce qu’il est << le sujet de toutes les fins possibles >> que l’homme est fin en soi.

e de toda a natureza racional” – em conformidade também com a elaboração de Savigny.

É essa capacidade de ir contra sua condição natural e imediata, de agir de acordo com uma lei moral e de ser responsável pelo seus atos que torna o homem um fim em si mesmo. É também nesse sentido que o corpo humano é tratado como um fim em si mesmo, “porque ele é a manifestação sensível da personalidade do sujeito pela qual ele pode exprimir sua moralidade”. (SAMBUC & LE COZ, 2012, p. 223).

Não coube empreender uma exposição clara, sistemática e rigorosa dos textos de Kant, visto os propósitos dessa pesquisa. Visou-se sobretudo apontar a complexidade do sistema de Kant e a parcialidade da leitura jurídica sobre esse sistema. Assim também entendem Sambuc & Le Coz (2012, p. 234), que afirmam “As aplicações jurídicas diferem necessariamente do princípio filosófico de dignidade do qual elas decorrem”, pois que a noção de dignidade em Kant é tratada no plano moral como absoluta, característica que, segundo esses autores, não pode ser exigida no plano legal.

Isso porque a introdução da noção de dignidade humana no direito tem uma finalidade prática: é um modo de fundar nas leis um imperativo de respeito à humanidade. A operacionalização jurídica do conceito de dignidade humana faz com que seja possível que seu significado difira daquele que seus defensores pretendem (SAMBUC & LE COZ, 2012, p. 235). Segundo esses autores, portanto, a vagueza da dignidade humana advém da necessidade de operacionalização desse conceito que tem por finalidade o respeito à humanidade.

Reboul (1970, p. 197), por sua vez, afirma que a noção de dignidade humana no direito tem vínculo com o personalismo moderno. Do mesmo modo, aponta que o conceito kantiano de pessoa é diferente do que estabelece o personalismo, que compreende a pessoa como estrutura concreta, uma totalidade singular, enquanto que para Kant está vinculada à ideia de autonomia. Por outro lado, a ideia kantiana de pessoa humana tem proximidade com o personalismo quando estabelece que respeitar a pessoa humana como um fim

em si mesma significa respeitar seu corpo, seus dons naturais, suas necessidades e seu espaço privado.

Assim, não importa ao discurso jurídico a precisão e o rigor do discurso filosófico. Não há necessidade de exploração do exato significado do conceito de dignidade humana em Kant, porque quando operacionalizado pelo Direito tem seu uso transformado, mantendo apenas a sua função de fundar as leis no respeito à humanidade.

Sensen (2011) escreveu um livro que tinha por objetivo justamente identificar qual o significado da noção de dignidade humana em Kant e sua relação com a dignidade humana dos direitos humanos. O autor afirma que a dignidade humana é pedra de toque para várias constituições e vários manifestos políticos, além de ser a justificação para os direitos humanos.

Nesses documentos, o termo dignidade humana tem significado de um valor inerente que todos os humanos possuem, de modo que também serve como um valor que fundador do requerimento de respeito a todos os outros seres humanos. Até mesmo tal significado pode ser identificado no dicionário alemão Duden, que define dignidade (Würde) como “valor inerente nos seres humanos que comanda respeito”. Sob o ponto de vista dessa definição do dicionário, “é porque outa pessoa tem dignidade que alguém deve respeitar ele ou ela” (SENSEN, 2011, p. 1). Por outro lado, quando se trata de buscar uma justificação filosófica os estudiosos a buscam em Kant.

Sensen afirma que seu livro tinha como objetivo inicial entender o que significa dignidade humana e a justificação de Kant para isso. “Mas quanto mais atentamente eu estudei os textos de Kant e a literatura secundária, menos convencido me tornei que a visão contemporânea de dignidade humana era compartilhada por Kant”. Quando se lê Kant a partir das suposições contemporâneas, de que a dignidade é o que funda o requerimento de respeito a outros humanos no valor que eles possuem, surgem vários enigmas. “Por exemplo, Kant diz que todos os seres humanos devem ser respeitados, mas que somente uma vontade moralmente boa tem valor absoluto; ainda que também nem todos os seres humanos têm uma vontade moralmente boa.” (SENSEN, 2011, p. 1)

Em outras palavras, apesar da repetição da expressão kantiana, a noção contemporânea da dignidade humana veiculada nas Constituições e cartas de direitos humanos difere da que Kant estabeleceu. Assim, há uma diferença entre o discurso jurídico e a noção kantiana de dignidade humana. Esse modo de formulação próprio, de operacionalização dos conceitos filosóficos, é uma evidência da existência de um discurso jurídico, com objetos próprios e funcionamento específico.

Também - partindo da noção arqueológica de que os discursos criam os objetos que lhe compõem - pode-se afirmar que a noção de dignidade humana repetida nas decisões judiciais do arquivo da pesquisa é um construto desse discurso jurídico, uma leitura jurídica operacionalizante dos conceitos da filosofia moral kantiana. O discurso jurídico funciona mesmo sem o apelo à Kant e independente do rigor lógico da filosofia crítica kantiana: a dignidade da pessoa humana é critério que organiza a classificação dos corpos e direciona a distribuição de poder sobre esses corpos.

A dignidade é um termo sem um significado preciso e que depende de outras variáveis para que seja usado no discurso jurídico (SARLET, 2006, p. 58). Apesar disso, resguarda-se como um valor universal, absoluto e inalienável do ser humano (SAMBUC & LE COZ, 2012, p. 219). Mesmo em Kant a palavra dignidade é usada de modo diferente nas 111 vezes em que foi escrita: a) 41 vezes usada num sentido aristocrático, para expressar que dentro de um grupo há um membro elevado (como um professor de matemática diante dos seus alunos); b) 31 vezes usada num sentido moral tradicional, para expressar que todos seres humanos estão elevados com relação ao restante da natureza por serem livres e que percebem essa dignidade inicial como moralmente boa, impelindo o dever de fazer certo uso da liberdade; c) 8 vezes é usada como valor (*Werth*) (SENSEN, 2011, p. 177-180). No restante das vezes não há uma especificação contextual para o uso, mas Sensen (2011, p. 180) aponta que estão vinculadas à noção tradicional moral ou fazem parte dos sumários dos textos.

É na menor parte das vezes que a palavra dignidade é usada com significado de valor, mas é a partir dessas passagens que a doutrina jurídica funda sua concepção de dignidade humana. Especificamente em Kant, a palavra

dignidade, nesses oito trechos, expressa a “sublimidade da moralidade⁷⁴”, como um valor que é maior que ou preferido sobre outro valor, quer dizer que a dignidade é um valor que expressa que a “moralidade, e não os objetos da inclinação de alguém, devem ser buscados acima de todo o resto⁷⁵” (SENSEN, 2001, p. 182).

Nas decisões judiciais não há nenhuma ocorrência desse uso. Nenhuma das 150 ocorrências da palavra na ADPF 54 ou das 271 ocorrências na ADI 3510 tratam a “dignidade humana” como um valor a partir da moralidade no sentido kantiano. Apesar disso, o termo “dignidade humana” é ainda assim usado no sentido de valor absoluto, universal e inalienável, contudo é um valor jurídico atribuído ao ser humano⁷⁶ e não o valor de um sujeito moral que age de modo livre enquanto autônomo, afastando suas inclinações para escolher agir de acordo com a máxima do seu dever que seja válida para todos.

Na discussão da ADI 3510, por exemplo, há trechos que tratam da possibilidade de proteção pela dignidade humana das células tronco embrionárias oriundas da fertilização *in vitro*: “A constatação é simples. Sem vida não há dignidade, e a dignidade é uma exigência da vida humana” (BRASIL, 2008, p. 280). Nesse trecho, a palavra dignidade aparece como um valor jurídico de proteção atribuído àquele humano que tem vida. No discurso jurídico sobre o corpo, a dignidade não tem um significado bem delimitado, mas sempre que usada está vinculada à ideia de humanidade.

Sarlet (2006, p. 143) afirma justamente que há dificuldade em estabelecer um conceito universalmente válido sobre o que seja dignidade humana, mas que este termo se refere ao cuidado da “própria condição humana [...] do ser humano”. Trata-se de proteção, cuidado, do humano pelo ordenamento jurídico. Contudo, há uma definição de humano no discurso jurídico?

⁷⁴Do original: Sublimity of morality (SENSEN, 2011, p. 182)

⁷⁵Do original: Morality, and not the objects of one’s inclinations, should be sought above else.

⁷⁶Como esclarece Fabre-Magnan (2007, p. 309), a definição de dignidade no âmbito jurídico é sujeita à interpretação e pode ser discutida, balizando seu significado a depender do contexto. Há, inclusive, algumas decisões judiciais que, segundo a autora, fazem um uso abusivo da noção de dignidade, com o qual estabelece-se que não é toda a humanidade que deve ser protegida, mas uma categoria de pessoas em especial.

Fabre-Magnan (2007, p. 307), afirma que a noção de dignidade não exige a definição jurídica do que é ser humano e nem exige a determinação precisa de qual é o valor do ser humano, pois esses elementos são pressupostos, dados como conhecidos de antemão. Como não há uma definição jurídica para o que é o ser humano e qual seu valor, é através do princípio da dignidade humana que essas definições são criadas: “O princípio da dignidade permite estabelecer juridicamente o valor dos seres humanos ao enunciar como se deve os tratar e como não se deve os tratar⁷⁷” (FABRE-MAGNAN, 2007, p. 307). E esse valor é estabelecido juridicamente através dos tribunais, quando usado em decisões judiciais.

Apesar de estar positivado em documentos jurídicos internacionais, o termo dignidade humana não era diretamente usado em tribunais, mas somente um “princípio geral que inspirava várias regras e vários direitos⁷⁸” (FABRE-MAGNAN, 2007, p. 307). É na medida em que a palavra é usada que começa a funcionar como um critério de classificação sobre o que é humano e sobre o que é digno, portanto também sobre o que tem estatuto jurídico de pessoa ou coisa.

A dignidade humana é considerada como princípio último do sistema jurídico e ocupa o primeiro lugar nas Cartas de Direitos fundamentais, antes mesmo de outros direitos. Aparece sobretudo após a segunda guerra mundial e expressa a necessidade de combater as atrocidades como as cometidas nessa guerra e está diretamente vinculada às declarações de direitos humanos, nas quais está positivada (FABRE-MAGNAN, 2007, p. 307). Os documentos jurídicos como constituições e outros códigos dos séculos XVIII e XIX não abordavam a dignidade humana, que aparece justamente no século XX e passa a figurar na maior parte dos documentos internacionais sobre direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial (SARMENTO, 2016, p. 53-55).

O principal desses documentos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Seu art. 1º estabelece que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de

⁷⁷Do original: Le principe de dignité permet de poser juridiquement la valeur des êtres humains, en énonçant comment il faut les traiter et comment il ne faut pas les traiter.

⁷⁸Do original: Simplement un principe général inspirant plusieurs règles et plusieurs droits.

fraternidade”. A dignidade aparece como atributo inerente ao ser humano, junto da liberdade e da igualdade – que, para Andrade (2004, p. 319), são os desmembramentos da dignidade. Esse autor também interpreta a palavra dignidade na referida Declaração com a conotação de valor universal incondicional relativo a todo ser humano e atribui essa formulação à Kant, que estabeleceria o direito inato à dignidade.

Para Barroso (2010, p. 4), a Declaração Universal dos Direitos Humanos desempenha papel central no discurso sobre direitos humanos, de modo que o fundamento desse discurso é justamente a dignidade humana. O autor também afirma que não há uma definição precisa para o que é dignidade, porque haveria a necessidade de que o conteúdo fosse universalizável e laico, impedindo que houvesse uma especificação de seu significado (BARROSO, 2010, p. 20). Há a necessidade de validade para todos os humanos.

Sarmiento (2016, p. 103) retoma que a ideia de dignidade já existia antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas que não tinha o mesmo uso. A dignidade, antes de estar vinculada aos direitos humanos, não tinha conotação universal – era, aliás, usada no sentido aristocrático kantiano, como um atributo de distinção para poucos. Assim, o uso da palavra dignidade no direito contemporâneo está vinculado aos direitos humanos, como “qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu status e da sua conduta” (SARMENTO, 2016, p. 104).

Para Barroso (2010, p. 9), essa qualidade remete justamente a ideia de valor, porque a dignidade está vinculada à ideia de bom e de justo – participando de um “plano ético”. Ainda, afirma que é nesse plano ético que a dignidade humana pode operar como justificação moral para os direitos humanos e fundamentais. Há, para o autor, uma aproximação do Direito com a ética, através dos direitos humanos com fundamento na dignidade (BARROSO, 2010, p. 9). Ainda, esclarece que essa aproximação com a ética passa pela ideia kantiana do homem como um fim em si mesmo e do agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal.

A despeito da diferença com a formulação kantiana já discutida, resta a persistência da ideia de universalidade de um atributo humano. Também isto

relaciona-se com a ideia de que o homem é o fim último da ordem jurídica, isto é, que o direito é feito a partir do homem e para o homem, nas palavras de Sarmiento (2016, p. 94) – que reporta também essa ideia à Kant⁷⁹.

Por outro lado, Edelman (2007, p. 198) afirma que a ideia da dignidade como um caractere universal do humano advém da teoria dos direitos do homem, que estabelece cada indivíduo como um ser universal, cidadão do mundo – de modo que a personalidade jurídica é ressignificada, justamente, em ser universal. O autor demarca a ideia de que a personalidade é uma ficção jurídica, assim como o homem dos direitos do homem. Afirma também que o direito opera na linguagem da ficção, do “como se”.

O homem dos direitos do homem é esta pessoa fictícia igual a todos os outros, instituída em soberania de si mesma e participando da imortalidade do espírito humano. (...) tudo se passa << como se >>, sobre a cena do mundo, todos os homens recitassem, de uma só voz, o mesmo texto, << como se >> eles falassem a língua comum da fraternidade, << como se >> eles estivessem todos constituídos da mesma << essência >>. E dota-se este homem de uma qualidade sem paralelos - a dignidade - que designa o pertencimento << íntimo >> de todo indivíduo ao gênero humano⁸⁰

Através dos direitos humanos pressupõe-se também o que seja o humano. Não há uma definição jurídica para essa palavra, mas há a caracterização do humano como igual e fraterno – termos advindos da qualidade de ser digno - pressupondo uma essência do que seja humano e que identifique os indivíduos diferentes como pertencentes a este mesmo gênero. Desse modo, pode-se identificar uma função para a dignidade: estabelece uma unidade acerca do que é humano e demarca o limiar de pertencimento a este grupo (FABRE-MAGNAN, 2007, p. 308). Levanta-se assim, uma questão: o que significa humano nesse discurso?

Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno para com as opiniões dos homens exige que se declarem as causas

⁷⁹Para Villey (1969, p. 60), a afirmação que o homem é autor e fim da lei advém do humanismo jurídico.

⁸⁰L'Homme des droits de l'homme est cette personne fictive égale à toutes les autres, instituée en souverain de soi même et participant à l'immortalité de l'esprit humain. (...) tout se passe << comme si >>, sur la scène du monde, tous les hommes récitaient, d'une seule voix, le même texte, << comme si >> ils parlaient la langue commune de la fraternité, << comme si >>: ils étaient tous constitués de la même << essence >>; Et on a doté cet homme d'une qualité à nulle autre pareille - la dignité - qui désigne l'appartenance << intime >> de tout individu au genre humain”

que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.

A frase acima abre a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776. Vê-se que toma a história como um conjunto de acontecimentos sequenciados a partir dos quais culminam consequências⁸¹. Parte da ideia da continuidade dos “acontecimentos humanos” e, assim, da continuidade da humanidade. Não diz o que é humanidade, mas considera algumas verdades evidentes por si mesmas – já que tem fundamento nas leis de Deus e da natureza. Todos homens são iguais e seus direitos inalienáveis lhes foram conferidos por Deus: essa é a verdade apodíctica. Pressupõe-se o que seja o Homem porque é considerado uma verdade indubitável.

Doze anos após a divulgação de tal declaração, surge a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, que se inicia com a seguinte frase:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789)

Codifica-se direitos que tem por fonte a natureza sagrada e universal do homem. Qual é essa natureza? Não é levantada essa questão, portanto também não há uma resposta nessa Declaração. A natureza humana é a verdade como ponto de partida.

Quase dois séculos depois, é promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Seu artigo primeiro traz o seguinte texto: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”. Em primeiro lugar, cabe destacar a relação desse artigo com o

⁸¹Também carrega a ideia kantiana da História como progresso do Direito. (HOFFE, 2005, p. 270)

artigo 1º da Declaração Francesa de 1789, que diz: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem se fundar senão na utilidade comum”. Ambas as declarações creditam a liberdade e igualdade de direitos a todos os homens/humanos desde seu nascimento. Pode-se dizer que também há universalidade do humano a partir de uma natureza inerente (dignidade) nessa Declaração de 1948.

Apesar de não abordar diretamente o termo “natureza humana”, tal declaração afirma que todo humano é digno e que essa dignidade é atributo universal, atemporal, a-histórico. Há, assim, a pressuposição da existência da natureza humana e da continuidade da história⁸². Ainda, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a dignidade humana aparece como um termo tão fundamental que os outros princípios dependem deste. A dignidade humana é um dogma – no sentido de aquilo que se mostra mas não se demonstra (FABRE-MAGNAN, 2007, p. 307).

Com a invenção dos direitos do homem, “o Direito” abarcou para si todos os indivíduos de toda a Terra e colocou no centro de sua fundamentação o Homem. De acordo com Edelman (2007, p. 201), com essa invenção, “o Direito” respondeu uma questão que é propriamente da filosofia: “O que é o homem?” e, além disso, “teria mesmo traçado seu futuro, porque representaria, para sempre, o destino da humanidade”. E, para o autor, o homem dos direitos do homem é constituído por uma síntese de elementos da modernidade (liberdade, igualdade, soberania, autonomia, e etc). Essa concepção de homem está vinculada à uma perspectiva moderna, que:

Confere ao homem uma posição não só singular, como também superior na ordem das coisas, cujo substrato é tão forte que permite, a partir deste homem, supor conteúdos da razão ou da natureza humana, e daí derivar normas e conteúdos jurídicos. (REBOUÇAS, 2015, p. 54)

O homem no discurso jurídico é uma figura de posição superior na ordem no mundo, que opera ao fundar as normas para si mesmo⁸³. Contudo, rememora-se que o homem, como Foucault (1999, p. 536) estabelece, é uma

⁸²Sob o olhar de uma arqueologia, toda universalidade e toda continuidade são unidades que evocam suspeita (FOUCAULT, 1969, p. 34), o que justifica a necessidade de investigação sobre o significado da palavra “humanidade” como um universal.

⁸³Ideia que remonta a noção kantiana de autonomia.

invenção recente e os direitos humanos se baseiam, justamente, nessa aceção recente do que seja o homem (REBOUÇAS, 2015, p. 55).

Assim, apesar do discurso dos direitos humanos postular pela continuidade da história da humanidade e da universalidade do que seja humano, antes do século XIX o homem não existia, mais precisamente, não fazia parte do domínio de objetos a serem conhecidos (FOUCAULT, 1966, p. 355). É com um surgimento de um novo modelo de pensamento que o homem se torna objeto de ciência. Esse modelo marca o abandono da infinitude, a ordem e a representação como fundamentos do saber e acolhe a finitude e a historicidade (SALDANHA, 2017, p. 21-22).

O homem, então, antes de fazer parte do universo jurídico, é um elemento da epistemologia. No século XIX há essa reformulação da episteme que possibilita investigar o homem enquanto um ser que vive, trabalha e fala, como “fundamento de todas as positivities⁸⁴” (FOUCAULT, 1966, p. 384). Não se trata de uma reaparição do humanismo, mas da constatação de que os modernos não conseguem pensar sem uma referência ao homem: é uma época antropológica (TERNES, 1995, p. 49). Nesse período histórico, tudo o que se pensa e se fala está relacionado, ainda que de modo indireto, ao homem.

Aliás, para Foucault (1972, p. 169) a filosofia moderna é propriamente uma antropologia, uma analítica do homem, desde a distinção kantiana entre empírico e transcendental. Como esclarece Ternes (1995, p. 49), Kant tem um papel simbólico apenas, na medida em que é neste autor que é formulada a questão “O que é o homem?” e que, a partir disso, o homem é tomado como um dogma, um ponto de partida.

Foucault (1966, p. 352), afirma que essa questão serve para mostrar o vazio, a indefinição, do que seja o homem. E esse vazio advém da distinção kantiana entre empírico e transcendental. Distinção essa que estabelece uma ambiguidade no estatuto do homem: objeto de saber e sujeito que conhece, soberano e submisso (FOUCAULT, 1966, p. 323). O homem moderno é essa

⁸⁴ Do original: fondement de toutes les positivités

figura que desempenha papel ao mesmo tempo de objeto e sujeito, empírico e transcendental.

Não cabe explorar a filosofia de Kant, contudo há que se indicar que para este autor há duas faculdades do conhecimento: a sensibilidade e o entendimento. Na sua *Estética Transcendental*, afirma que o conhecimento depende dessas duas faculdades. A relação imediata com os objetos do mundo se dá através da sensibilidade, na capacidade da mente ser afetada por objetos. Contudo, somente ser afetado não produz conhecimento, que depende dos conceitos mobilizados pelo entendimento, de modo que as sensações são processadas por pensamentos. (KANT, 2012) (HOFFE, 2005, p. 68). É isso que se chama de subjetividade transcendental.

Silveira (2016, p. 224), apoiando-se na arqueologia de Foucault, afirma que é justamente a partir dessa subjetividade transcendental e da atribuição de valor transcendental aos conhecimentos empíricos sobre o homem que surge a cisão entre alma (realidade interna) e corpo (realidade orgânica) – é de modo duplo que essa interioridade se relaciona com o mundo exterior⁸⁵. Para a autora, ainda, quando se trata das ciências humanas há uma confusão epistêmica, na medida em que para estas o homem aparece também como sujeito e objeto, como “o que é necessário pensar e o que se deve saber” (FOUCAULT, 1966, p. 355).

Apesar disso, não há que se falar que as ciências humanas sejam erigidas em um fundamento transcendental, pois que elas apenas são um conjunto de discursos que tomam o homem por objeto naquilo que ele tem de empírico: ser vivo que fala e trabalha. Para Foucault (1966, p. 355), esse conjunto de discursos surgiu pela necessidade de enfrentar dificuldades teóricas ou práticas que apareceram com a sociedade industrial e com os conflitos sociais desde a Revolução. As ciências humanas, ainda seguindo Foucault, são discursos que visam responder a questão kantiana: O que é o homem?.

⁸⁵Esclarece Cardim (2009, p. 48) que, para Kant, o problema da relação entre a alma e o corpo não tem resposta, pois está fora do que é possível conhecer. Não se pergunta como é possível a alma se relacionar com o corpo, mas “como se dá para o sujeito do conhecimento as relações entre os dados do sentido externo (o espaço) e os dados do sentido interno (o tempo). (...) O eu pensante é um objeto do sentido interno e se chama alma, o objeto do sentido externo se chama corpo”.

Por outro lado, há uma antropologização do saber em outras áreas. A biologia, a filologia e a economia, por exemplo, não visam responder a mesma questão e nem sequer consideram o homem como um ser vivo que fala e trabalha. Para esses discursos o homem é “tão somente a forma por meio da qual se representam suas representações na idade moderna” (SILVEIRA, 2016, p. 228). É um termo sem significado preciso usado para reproduzir os enunciados próprios do discurso elaborado por essas ciências.

Assim, são dois aspectos dessa investigação sobre o homem que reverberam nas decisões judiciais sobre o corpo: a) o humano/homem é um termo sem significado preciso usado apenas para reproduzir os enunciados do discurso jurídico; b) apesar do discurso jurídico não tomar por fundamento a subjetividade transcendental kantiana – não há uma reflexão sobre a possibilidade do conhecer - ainda faz uso da distinção empírico-transcendental, que cinde o homem/humano como ao mesmo tempo sujeito e objeto. Ainda, essa distinção é justamente repetida quando o corpo aparece com estatuto jurídico ambíguo, entre pessoa e coisa. O empírico-transcendental é filtrado no discurso jurídico por essa distinção entre pessoa e coisa, que ao mesmo tempo carrega a ideia de dignidade enquanto valor inerente à pessoa humana.

3.2 A ELABORAÇÃO DISCURSIVA DA CONCRETUDE DA PESSOA

Há 182 ocorrências da expressão “pessoa humana” na ADI 3510 e 67 ocorrências na ADPF 54. Em nenhuma dessas ocorrências há uma especificação do que se entende por pessoa humana, é um pressuposto. Na maior parte das vezes aparece junto do termo “dignidade”, que é, justamente, o valor da pessoa humana. Há apenas um trecho que se busca dar caracterização à pessoa humana, na ADI 3510: “Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual” (BRASIL, 2008, p. 163-164). Não é um conceito, mas um indicação que a expressão “pessoa humana” tem múltiplos referentes: o registro, a história de vida, as ações e deveres e a alma. O corpo

não é referente da pessoa humana. Na lógica do discurso jurídico, é a pessoa que é referente do corpo – visto que o corpo é substrato da pessoa.

Quando se fala do corpo, formula-se através da ideia de pessoa humana. Portanto, antes do corpo há a dimensão notarial, biografia, moral e espiritual. O corpo é construído no discurso jurídico através das palavras que proliferam personalidade e humanidade. Não é coincidência que o estatuto jurídico do corpo reproduza a ambiguidade da noção de homem em Kant.

Contudo, para Kant o corpo é realidade interior responsável pela faculdade da sensibilidade e a alma a realidade interior responsável pela faculdade do entendimento. Essa classificação é obtida quando o autor tenta responder a questão “qual a relação entre a alma e o corpo?”. Kant critica as respostas de Descartes, Leibniz e Malebranche, que, segundo ele, conferem uma realidade ontológica à alma e ao corpo. Uma resposta assim não faz sentido para Kant, porque, para ele, não é possível responder ao problema da relação entre alma e corpo, porque está fora do que é possível conhecer (CARDIM, 2009, p. 48). Para Kant, o problema verdadeiro é sobre como ocorre a síntese das representações do sentido interno com o sentido externo (HUISMAN & RIBES, 1992, p. 212).

Apesar de conservar a kantiana ambiguidade do homem como duplo empírico-transcendental no estatuto jurídico do corpo, a separação entre corpo e pessoa humana é operada em outro registro. Aliás, o uso da palavra pessoa humana é justamente no sentido em que Kant critica: a pessoa humana tem conotação ontológica. E a todo momento que se fala do corpo se retoma a noção de pessoa humana, pois que o corpo é abarcado por essa noção que já se refere à concretude. Mesmo quando, nas decisões judiciais, os juízes reportam-se às definições científicas acabam por as reduzir à pessoa humana e à dignidade.

Há uma diferença entre um embrião *in vitro* e um embrião no útero, isso é um consenso entre os que participaram das audiências públicas e os juízes da ADI 3510. O embrião *in vitro* é produzido em laboratório com uso de técnicas

específicas e o embrião “*in vida*”⁸⁶ é produzido pela relação sexual. Essa diferença pode ser expressada juridicamente da seguinte forma:

Duas almas vizinhas de porta, no interior de uma só casa maternal. Não dá, então, pra fazer comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, reafirme-se, mas embrião irrompido à distância e que nenhuma chance tem de se aproximar daquela que o tornaria um filho, e ele a ela, mãe. (BRASIL, 2008, p. 190-191)

O corpo da gestante carregando um feto: duas almas vizinhas de porta no interior de uma só casa maternal. O embrião que está no útero, alma vizinha da mãe, tem dignidade intrínseca. Por outro lado, o embrião produzido em laboratório sequer se trata de alma e, ainda, jamais se tornará filho. Há uma mutação das palavras que se referem ao corpo, ao embrião ou partes do corpo quando abordadas pelo discurso jurídico.

Tanto na ADI 3510 quanto na ADPF 54 foram convocados cientistas de diversas áreas para contribuir com as audiências públicas. Na ADI 3510 foram chamados 22 autoridades científicas brasileiras e na ADPF 54 foram 27 especialistas. Nesse sentido, há a abertura no direito para diálogo com as ciências. Contudo, qual o papel dos discursos de ciências quando traduzidos para a linguagem jurídica da dignidade da pessoa humana?

Em ambas as audiências públicas os especialistas eram pesquisadores e professores universitários, principalmente da biologia e da medicina, além das ciências humanas e sociais e outros profissionais não envolvidos com o ensino ou a pesquisa. Também foram convocadas entidades da sociedade civil e entidades religiosas. Os cientistas, especificamente, tinham o papel de elucidar termos como “embrião inviável” ou “potencialidade de vida”, para que o tribunal chegasse a “um conceito jurisdicional para o vocábulo vida, para o pleno significado da expressão dignidade da pessoa humana” (MITRE, 2018, p. 267-268). A própria definição do que é vida humana foi debatida e construída ao longo do processo, visto que não havia consenso nem entre a comunidade científica a respeito do que isso significasse.

Quanto às células-tronco, houveram os especialistas que eram contrários às pesquisas e preocuparam-se por definir quando inicia a vida de um ser

⁸⁶ Expressão utilizada na própria decisão judicial.

humano utilizando linguagem técnica da ciência. Para eles, a vida se inicia na fecundação, interpretando através de uma concepção genética do indivíduo, de modo que eliminar um embrião de laboratório seria o mesmo que realizar um aborto. Por outro lado, os cientistas favoráveis às pesquisas não debateram o início da vida, afirmando que esta não é uma questão científica, mas jurídica e política. Focaram-se em distinguir os embriões produzidos em laboratório de embriões tradicionais, de modo que as pesquisas com embriões *in vitro* não seriam aborto. Argumentaram também pelo papel humanitário e social das pesquisas científicas com células tronco. (MITRE, 2018, p. 268-269)

Na audiência pública sobre os fetos anencéfalos, todos os especialistas convocados concordaram que a anencefalia é uma condição letal. Contudo, discordaram sobre a precisão do diagnóstico ainda dentro do útero e do tempo de vida após o nascimento. (MITRE, 2018, p. 269)

Os especialistas favoráveis à interrupção argumentaram pela facilidade e precisão do diagnóstico e na impossibilidade de sua sobrevivência fora do útero e nos efeitos emocionais e físicos que esse tipo de gestação pode acarretar à gestante. Por outro lado, os especialistas contrários à interrupção argumentaram pela existência de erros em diagnósticos passados, pela possibilidade de anencéfalos serem doadores de órgãos e pela necessidade do Estado de proteger a vida. (MITRE, 2018, p. 269-270)

Contudo, a decisão judicial não era para definir o que é a vida e qual seu início, mas para estabelecer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos de leis infraconstitucionais. Na ADI 3510, por exemplo, Ayres Britto votou pela permissão das pesquisas científicas com células tronco embrionárias porque os embriões *in vitro* jamais seriam implantados em algum útero e, portanto, jamais nasceriam e jamais adquiriram personalidade.

Marco Aurélio, na ADPF 54, votou a favor da interrupção da gravidez de feto anencéfalo utilizando vários dos argumentos desse voto de Ayres Britto, especificando que a anencefalia é condição irreversível equivalente à morte cerebral, de modo que o feto jamais se tornaria uma pessoa humana, além de ponderar também sobre o direito à autonomia e privacidade das mulheres. De todo modo, o argumento principal do ministro foi que a ação consistia em colisão

aparente de direitos fundamentais, porque colocava em contraposição direitos como os da dignidade ou saúde da mulher e os direitos de um feto que sequer possuía, segundo os cientistas das audiências públicas, expectativa de vida.

Mitre (2018, p. 272) destaca que antes mesmo dos argumentos serem propostos é relevante o fato de que foi o avanço das biotecnologias que promoveu a possibilidade de discutir tais casos no STF. É porque houve avanços na intervenção biotecnológica sobre o corpo que essas questões foram evocadas no plano jurídico, como também aponta Baud (1993, p. 17) sobre o discurso jurídico do corpo na França. Contudo, Mitre (2018, p. 273) também destaca que nem os cientistas tinham respostas para os problemas evocados, de modo que a contribuição desses profissionais foi abarcada pelos votos, preponderantemente, como argumento de autoridade em referência à ciência como instituição. Isso porque os problemas que foram levantados se baseavam em pressupostos jurídicos e não científicos, questionava-se se há personalidade jurídica ou não.

O corpo aparece no discurso médico, a partir do século XIX, como um objeto do conhecimento empírico, concreto e finito. A medicina teria o papel, nesse caso, de decifração do corpo pela exploração da anatomia e identificação das doenças (BRANCO, 2018, p. 72-73). O corpo classificado em suas várias partes, em tecidos, tipos de células, órgãos do corpo e funções de sistemas, aparece diversas vezes nas decisões judiciais. Também a identificação de doenças é evocada, na medida em que a anencefalia é considerada como uma patologia letal. Apesar disso, os termos do discurso médico são usados pelo discurso jurídico para responder questões especificamente jurídicas. Há uma tradução de um discurso para outro. Se no primeiro o corpo é objeto de conhecimento empírico, concreto e finito, no segundo o corpo é substrato da pessoa humana.

O corpo é objeto de vários discursos, mas quando se trata do discurso jurídico este aparece como elemento de ruptura - por atravessar a cisão entre pessoa e coisa. Quando coisa, viu-se, é classificado como bem extrapatrimonial. Contudo, quando paira para o plano da pessoa é tratado como pessoa humana concreta. Para Edelman (2007, p. 275), é por causa disso que o corpo humano

não aparece no discurso jurídico como ficção, mas como um lugar inconstestável da humanidade do homem.

Fabre-Magnan (2007, p. 308), por sua vez, afirma que o corpo é ao mesmo tempo uma realidade física e uma representação. Isto porque o discurso jurídico sobre o corpo gira em torno da ideia de pessoa humana e da dignidade. Como a pessoa humana é sempre encarnada, então o corpo tem um papel central no funcionamento da dignidade.

Por esse vínculo jurídico pressuposto dogmático entre corpo e alma, se o corpo for tratado indignamente também a alma será. A dignidade implica que a pessoa seja mestre de seu corpo e dela mesma, o que pressupõe que ela não seja alienada e subjugada a fins estranhos à ela mesma (FABRE-MAGNAN, 2007, p. 8) – ideia reproduzida tanto nas Cartas de direitos humanos quanto nas decisões judiciais do arquivo.

No discurso jurídico, a dignidade humana implica em não reduzir o homem a somente seu corpo e nem seu corpo a somente um objeto. Ainda assim, o homem não deve ser tratado como puro espírito (FABRE-MAGNAN, 2007, p. 10) – remontando a noção de homem como duplo empírico-transcendental e posicionando o corpo como materialidade sensível, também como condição de possibilidade da existência, invólucro correlato da alma. Desse modo, é necessário também proteger o corpo para manter a pessoa viva.

Sarmiento (2016, p. 124) afirma que, justamente, a pessoa humana não é um ente abstrato e desenraizado, mas uma concretude vinculada à sociedade, de modo que sua personalidade é formada através dos grupos sociais que participa. O autor também aponta que essa é a ideia contemporânea de dignidade humana. Afirma que na modernidade a dignidade tornou-se um atributo universal à todas as pessoas e, na contemporaneidade, deixou de ser abstrato e passou a se referir à pessoa concreta e situada “com as suas necessidades materiais e psicológicas, imersa em relações intersubjetivas” (SARMENTO, 2016, p. 67).

Para Edelman (2007, p. 197-198), essa mudança de uso da palavra pessoa é uma mudança no modo como se separa o que é natural do que é jurídico. Como a divisão entre natural e jurídico foi obscurecida, a ideia de pessoa

concreta parece não ser também uma produção ficcional. Dessa forma, tem-se a impressão que o discurso jurídico fala da pessoa mesma, de uma verdade singular, enquanto que apenas discorre sobre a pessoa enquanto um elemento construído do discurso jurídico. O “corpo” ou a “pessoa” das decisões judiciais são, antes de qualquer coisa, palavras constituídas como objetos de um discurso sobre a dignidade humana - discurso esse que visa a continuidade de uma ideia pressuposta de humanidade. Não se atinge, com as palavras, o corpo próprio ou a pessoa concreta, apenas repete-se um modelo discursivo de regulação que tem efeitos normalizadores sobre corpos.

A noção jurídica de pessoa é uma ficção, contudo fala-se de pessoa concreta. A pessoa humana, diz Sarmiento (2016, p. 124), não é um ente abstrato e desenraizado, mas um ser concreto e situado. Como é possível pensar uma ficção concreta?

Quando se trata de pensar o estatuto jurídico do embrião, do feto anencéfalo, das células-tronco embrionárias, de uma mão decepada ou de um cadáver, o enunciado mobilizado pelo discurso jurídico é o da dignidade da pessoa humana como valor de uma concretude. Na ADPF 54, por exemplo, ao tentar pensar o enquadramento do feto anencéfalo os juízes são levados a argumentar sobre o início da vida. Na tentativa de formular em termos jurídicos esse problema, o relator afirma:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (BRASIL, 2012, p. 57)

Em outras palavras, a discussão sobre o início da vida transforma-se no debate sobre o início da pessoa humana. Especifica-se que é uma “concreta pessoa” e, com isso, quer dizer que não se trata somente de uma abstração. As palavras desse discurso almejam o contato imediato com essa concretude da pessoa humana.

Apesar disso, essa concretude não significa “corpo”. O estatuto jurídico do corpo é ambíguo e somente o corpo como substrato da pessoa é protegido. O que é colocado em pauta na ADPF 54 sequer é a questão sobre “o que é vida?”, mas especificamente “o que é vida *para* o Direito?”:

Não há interesse em proteger a mera vida orgânica. Até porque sabe-se: sem o cérebro, o organismo não sobrevive por muito tempo e, ainda que sobrevivesse, não teria característica subjetiva alguma a ser partilhada intersubjetivamente. Funções orgânicas e atos reflexos não interessam ao Direito como objeto de proteção daquilo que se designa por vida na linguagem jurídica (BRASIL, 2012, p. 108)

A vida que é objeto de proteção do discurso jurídico é a vida da pessoa humana concreta. Mas quando se fala de um embrião, pode-se falar de vida nesse sentido? O embrião é pessoa ou coisa? Há uma dificuldade em classificar o embrião a partir do enunciado da pessoa.

Para um embrião ser protegido pelo ordenamento jurídico, afirma Rosa Weber, é preciso que “tenha a possibilidade de vir a ser pessoa” (BRASIL, 2012, p. 110). Mas como o discurso jurídico estabelece essa medida da possibilidade de vir a ser pessoa? Para Edelman (2009, p. 70), os embriões são um exemplo de figuras indefinidas, problemáticas ao direito: embriões não são pessoas – porque não nasceram -, mas também não são coisas porque podem se tornar vida humana. Segundo o autor, em vez de classificar entre pessoa e coisa, passa-se a classificar entre pessoa e não-pessoa.

No discurso jurídico analisado, o critério utilizado para distinguir pessoa de não-pessoa - ou para medir a possibilidade de vir a ser pessoa - é a “concretude”. Mas o que quer dizer “pessoa concreta”? Para compreender esse refinamento no discurso sobre o corpo, é preciso analisar a incidência da dignidade na noção de personalidade do direito privado.

Corrêa de Oliveira & Muniz (1980), em seu artigo O Estado de Direito e os direitos da personalidade, justamente visam demonstrar a impossibilidade de uma visão puramente privatística dos direitos da personalidade, desvinculada dos direitos do homem. Para Corrêa de Oliveira & Muniz (1980, p. 11) essa transformação era necessária, pois a previsão legal de proteção à personalidade era insuficiente, já que abarcava somente um número limitado de casos.

O que esses autores se propõem a construir juridicamente é um alargamento da tutela da personalidade. Corrêa de Oliveira & Muniz (1980, p. 12) citam como exemplo desse “alargamento” o BGB, da Alemanha, promulgado em 18 de agosto de 1896 e entrando em vigor em 1 de janeiro de 1900 - época em que se consolidava a unificação da Alemanha. Afirmam que, diante da

situação histórica da economia e do desenvolvimento social do país somados com a influência da pandectística, o BGB tratava sobretudo da regulamentação das relações de cunho patrimonial. Essa regulamentação era feita seguindo o cuidado com a lógica, utilizando-se de deduções e classificações. Por outro lado, a preocupação com “a natureza das coisas ou com a justiça e a equidade, ou com a adequação às finalidades econômicas” (CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1980, p. 11)

Diante do avanço da técnica, outras modalidades de agressão à esfera privada surgiram, que não se restringem só à proteção da vida, integridade corporal, saúde e liberdade. Isso levou o Tribunal Federal da Alemanha, em 1954, a criar uma doutrina que estabelece a existência de um direito geral de personalidade. Tal direito tinha por base legal a Constituição de 1949, da Alemanha, na qual havia a previsão de respeito e proteção à dignidade do ser humano (CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1980, p. 12). É disso que se trata o alargamento da tutela da personalidade: proteção à dignidade humana.

Outro exemplo que os autores oferecem da proteção escassa do homem em face do Estado está no “Codice Civile” de 1942. Este Código nasceu durante o regime fascista na Itália e previa uma rígida separação entre o Direito Público e o Direito Privado o que, segundo os autores, beneficiaria uma concepção totalitária do Estado. É somente com a redemocratização italiana, com a Constituição de 1977, que se reconhecem direitos invioláveis do homem e sua personalidade, bem como a igualdade em dignidade e a necessidade de cumprimento da solidariedade política, econômica e social. (CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1980, p. 13).

Para os autores, esses dois exemplos trazem duas lições: a) a proteção fracionada dos direitos da personalidade é insatisfatória; b) a construção de um direito geral da personalidade não pode se restringir ao direito civil, já que deve haver um respeito de toda a ordem jurídica à dignidade da pessoa humana. Também indicam os autores que, para respeitar essas lições, é necessário, respectivamente: a) a necessidade de introdução ao direito de uma cláusula geral da personalidade humana para que o Direito tenha uma “justificação em termos de uma vinculação com a vida real”; b) a necessidade de vinculação da

noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem. (CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1980, p. 14)⁸⁷

Retoma-se com Edelman (2007, p. 198) e Fabre-Magnan (2007, p. 308), que os direitos do homem estabelecem cada indivíduo como ser universal e, também demarcam o limiar de pertencimento ao gênero humano. Além disso, os direitos do homem estabelecem a proteção à dignidade humana, valor universal que impede que o ser humano seja tratado como coisa. Contudo, autores como Moraes (1991) e Corrêa de Oliveira & Muniz (1980) apontam que o Direito Civil brasileiro, vigente no momento em que escreviam, não protegia suficientemente o ser humano, por ter por foco a regulamentação de relações patrimoniais. É por isso que argumentam pela vinculação entre direitos do homem e direitos da personalidade, pelo enovelamento das noções jurídicas de “humano” e “pessoa”.

A distinção entre direitos da personalidade e direitos do homem, segundo Corrêa de Oliveira & Muniz (1980 p. 14-15), está assentada em dois pontos de vista. Em primeiro lugar, distingui-se esses direitos com base na dicotomia patrimonial/não-patrimonial, assim o direito à propriedade seria um direito do homem, mas não o direito à personalidade. Em segundo lugar, são distinguidos pela dicotomia público/privado, assim, os direitos da personalidade são tomados como modalidades de proteção à agressões de particulares contra particulares. O modo proposto pelos autores para aumentar a proteção à personalidade é “superando” essas dicotomias. Não há dicotomia alguma quando os direitos são organizados a partir de uma unidade fundamental. Justamente, o que os autores propõem é fundar a proteção da personalidade na noção prévia e universal da pessoa humana em sua dignidade.

Desde 1988, com a Constituição Federal, o ordenamento jurídico brasileiro fixa a dignidade humana como um de seus fundamentos⁸⁸. Para Hupsel (2016, p. 59), que também defende a superação dessas dicotomias e segue o projeto almejado por Corrêa de Oliveira & Muniz, a dignidade humana é princípio fundamental que se perpetua no direito civil. Também Moraes (1991, p.

⁸⁷ Também entendem desse modo os juristas que discutiram o estatuto jurídico do corpo na Association Henri Capitant, mencionados no tópico 2.1.

⁸⁸ Art. 1º 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;

6), afirma que o antagonismo entre público e privado perdeu o sentido, pois o valor da pessoa humana conforma todos os ramos do direito. Para a autora, o abandono da separação entre público e privado com base na fundamentação da pessoa humana implica também a alteração do direito civil, que passa de uma lógica proprietária à uma lógica de “valores existenciais”.

Do mesmo modo, Fachin (2015, p. 15) afirma que o ordenamento jurídico deixou de ser patrimonialista para tornar-se centrado na pessoa concreta e em sua existência - o sujeito pressuposto pelo ordenamento deixa de ser um “sujeito proprietário” e passa a ser uma pessoa existente. A despatrimonização do direito pela primazia da pessoa humana é o fundamento desse movimento de constitucionalização do direito civil (MORAES, 1991, p. 11).

A existência da pessoa concreta passa a ser mais um critério de dispersão nos enunciados, é o que possibilita distinguir a mulher gestante (“pessoa humana em sentido biográfico”, pessoa concreta) de um feto anencéfalo (mero “organismo”) (BRASIL, 2012, p. 321) ou células-tronco embrionárias *in vida* (potenciais “criaturas humanas que sofrem e se desesperam”, potenciais pessoas concretas) e célulastronco embrionárias *in vitro* (“congelados” e “inviáveis”) (BRASIL, 2008, p. 136).

Essa crítica à uma visão patrimonialista ou privatística do direito civil também se trata de uma crítica ao positivismo jurídico (CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1980, p. 16). Na interpretação de Corrêa de Oliveira & Muniz (1980), a visão positivista reduz a noção de pessoa à um centro de imputação de direitos e deveres, é uma posição no ordenamento jurídico. Para os autores, essa visão é insuficiente para proteger a pessoa. Sendo assim, propõem que se adote uma visão personalista da pessoa, isto é, que o ordenamento jurídico adote a pessoa humana como uma noção pré-normativa. Nesse sentido, a pessoa humana seria um dado ontológico (radicado no plano do ser) e também axiológico (fonte de valor).

Quando falam, então, de pessoa concreta é em oposição à construção da pessoa como centro de imputação jurídica. Trata-se de uma tentativa de conversão do olhar sincrônico positivista para um diacrônico historicizado: “Não

enxergamos o ser humano de maneira abstrata, mas em sua inserção concreta na História e na sociedade” (CORRÊA DE OLIVEIRA & MUNIZ, 1980, p. 17).

Destacam seu “profundo repúdio ao positivismo jurídico” e fazem uma defesa do jusnaturalismo, na medida em que buscam estabelecer uma visão pré-normativa do humano como fundadora da ordem jurídica. Também desse modo entende Larenz (1993, p. 23-24), que prega pela superação do positivismo jurídico sem um retorno direto ao jusnaturalismo. Sobre isso, Corrêa de Oliveira & Muniz (1980, p. 17) apontam que não é uma defesa do jusnaturalismo racionalista do iluminismo, que não reconhece a inserção do homem na “História”⁸⁹.

Do mesmo modo também vai argumentar De Cupis (2008, p. 24), para quem esse centro de imputação jurídica delimita somente os direitos subjetivos. Por outro lado, falar da pessoa como concreta possibilita pensar os direitos que emanam do valor dessa concretude: os direitos da personalidade. Da mesma forma, esclarece um afastamento com relação ao jusnaturalismo – que, segundo o autor, afirmam que os direitos da personalidade são inatos e derivam da natureza humana -, pois os direitos da personalidade são uma exigência ética estabelecida ao direito positivo, com base na concepção pré-normativa de pessoa humana. Hupsel (2016, p. 59) resume com a seguinte frase: “a pessoa é o ser” e a dignidade é o valor desse ser concreto.

Os direitos da personalidade, então, para essa corrente de pensamento, são uma construção jurídica que tem por fundamento ontológico a pessoa humana e sua personalidade. Esclarece De Cupis (2008, p. 20) que a personalidade não é a mesma coisa que os direitos e as obrigações jurídicas,

⁸⁹A inserção do homem na história e na sociedade é uma reivindicação da Escola Histórica do Direito (WIEACKER, 1967, p. 410). A leitura de Corrêa Oliveira & Muniz sobre o que é “história” e o que é “sociedade” parece consistir numa interpretação personalista dessa concepção historicizada do direito, na qual a história é tomada como a continuidade de um povo e o direito é a manifestação do espírito desse povo. Destaca-se, contudo, conforme Leonardo (2007, p. 121) que a elaboração teórica de Corrêa de Oliveira é complexa e se baseia na necessidade de distinguir e ordenar as diversas teorias que tentavam definir a pessoa jurídica na década de 1960. Por um lado se baseia nas teorias que definem a personalidade pelo reconhecimento de grupos sociais e por outro nas teorias que se fundavam no direito subjetivo. Assim, “ficavam inovativamente reagrupadas as teorias sobre o conceito de pessoa jurídica: doutrinas individualistas, doutrinas da existência das realidades coletivas e doutrinas normativistas” (LEONARDO, 2007, p. 121)

pois é a “precondição, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”. A pessoa humana é o dogma que funda essa classe de direitos.

Destaca-se que não há nas decisões judiciais e nem mesmo na doutrina utilizada uma definição para distinção entre concreto e abstrato. Também não há definição para “ser” nem mesmo para “pessoa humana”. Isto por duas razões: a) os autores seguem o conceito personalista de pessoa; b) o que os autores chamam de concreto ou ontológico em oposição à abstrato ou axiológico é mais uma construção discursiva para tratar de objetos jurídicos.

Cabe apontar também que a concretude da pessoa a que se referem não é o corpo, mas emanções da personalidade. De Cupis (2008, p. 75), por exemplo, quando trata do corpo fala de “bem da integridade física” ou “um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos”. Também Perlingieri (2007, p. 159) prolifera essa classificação do corpo a partir da personalidade, afirmando que a estrutura humana é composta indivisivelmente por um aspecto físico e outro psíquico, que devem ambos ser tutelados como direitos da personalidade por comporem o que chama de pessoa. Moraes (2010, p. 122) também afirma que há uma primazia da personalidade humana no sistema jurídico, que se especifica ao buscar tutelar os “bens” da personalidade: identidade, integridade, intimidade e vida privada – de modo que o corpo, mais uma vez, aparece como substrato da pessoa, mas com a especificação de compor um bem extrapatrimonial, da personalidade.

Aponta-se que a expressão “bens da personalidade” significa “aspectos específicos de uma pessoa, efetivamente presentes, e suscetíveis de serem desfrutados pelo próprio” (CORDEIRO, 2011, p 101). Com isso o autor estabelece que o bem da personalidade é algo delimitado, essencial à pessoa no presente (não no futuro) e que estejam vinculados à própria pessoa e não à outra. O vínculo desses bens com a categoria de pessoa estabelece a estes a condição de extrapatrimonialidade.

Moraes (2010, p. 125), fundamentando-se em Perlingieri, acrescenta quando se trata de extrapatrimonialidade fala-se do mundo do “ser”, “onde não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam a pessoa

humana”. Essa mesma ideia é remontada nas decisões judiciais para falar do corpo da mulher gestante, do feto anencéfalo ou das células tronco embrionárias.

Verificou-se, justamente, que nesses casos o corpo e as partes do corpo tem estatuto jurídico ambíguo, ora figurando como coisa ora como pessoa (2.1.1 e 2.2.1). Também foi indicado que a noção de “homem” ou “humano” adotada pelos direitos humanos é uma figura vazia e pressuposta, que remonta a distinção kantiana entre empírico e transcendental, desempenhando papel duplo de objeto e sujeito (3.1.3).

Assim, a construção jurídica do que se chama “ser” ou “pessoa concreta” é um desdobramento dessa concepção do homem como duplo empírico-transcendental, em que o corpo emerge como objeto ambíguo por ser manifestação da pessoa concreta (integridade física) ao mesmo tempo em que é objeto utilizável (partes destacadas do corpo). O ser e a concretude, bem como a abstração normativa e o valor da dignidade, são efeitos do discurso jurídico - que constrói, classifica e dispersa seus elementos discursivos pela função enunciativa da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões judiciais são documentos compostos de palavras, frases e proposições. Quando o tema dessas decisões é o corpo, essas unidades da gramática e da lógica aparecem organizadas de modo próprio. O objeto desta pesquisa foi esse modo de organização e aparecimento das palavras sobre o corpo por meio de categorias jurídicas.

Os grupos de palavras coordenadas para falar do corpo nessas decisões judiciais serviram para classificar e distinguir o corpo e suas partes. Em certos trechos, o corpo era tomado como um substrato da pessoa e em outros trechos como coisa destacada. Com a leitura das decisões, identificou-se um padrão de distribuição das palavras sobre o corpo, que emergia sempre associado à distinção entre pessoa e coisa e ao valor da dignidade humana.

Nessa tentativa de classificação entre pessoa e coisa, o corpo aparece como um elemento ambíguo, que pode ser classificado nos dois polos. Quando considerado em sua totalidade, o corpo vivo é interpretado como um substrato da pessoa – desse modo protegido pelos direitos da personalidade. Quando fragmentado ou sem vida humana, o corpo é interpretado como coisa – desse modo disponível. Essa ambiguidade do estatuto jurídico do corpo aparece como um problema. O movimento de classificação do corpo e suas partes é um modo de determinar o que esses elementos são para o direito. Essa necessidade de determinação também opera como uma necessidade de exclusão das ambiguidades.

Classificar é um modo de modelar os objetos do direito através de conceitos jurídicos, retomando Hermitte (1999, p. 1), é um modo de conversão do olhar pela reconfiguração das palavras. Com o emprego de uma linguagem técnica, o direito figura seus objetos por meio de categorias próprias. O uso particular da linguagem é o que leva Hermitte (1999, p. 1) a afirmar que o direito reinventa um outro mundo e Pontes de Miranda (2012, p. 65) a dizer que o mundo jurídico é um subconjunto do mundo dos fatos. Nesse mundo que figura o mundo dos fatos, não se admitem ambiguidades. Vinculado à ideia de sistema, o direito tem pretensão de fixidez lógica - o sistema jurídico é um sistema lógico

alicerçado nas relações sociais, diz Pontes de Miranda (2012, p. IX). Sob esse olhar, a ambiguidade aparece como falta de clareza na classificação dos fatos e necessita de elucidação para sustentar a coerência do sistema. Por isso, é preciso enquadrar o corpo como pessoa ou coisa.

Essas duas grandes categorias aparecem na literatura jurídica desde a Roma Antiga. Ao investigar o direito romano histórico e o conceito e a classificação das pessoas no *ius civile*, identificou-se a distinção entre pessoas e coisas, entretanto essa distinção não tinha o mesmo funcionamento que nas decisões judiciais analisadas. Enquanto nas decisões há um movimento de classificação lógica dos elementos a partir de uma linguagem técnica, no direito romano as categorias jurídicas tinham uso em situações concretas mesmo que de modo ambíguo. O escravo, por exemplo, é uma figura do direito romano de estatuto ambíguo, classificado como pessoa e coisa.

Essa diferença histórica marca uma transformação no modo que o direito dispõe para conhecer os objetos e indica que a ideia de direito como um sistema - formado por linguagem técnica e que não admite ambiguidades entre as categorias de pessoa e coisa - é um evento histórico com data de formulação. Diante disso e do esforço por enquadrar o corpo nessas categorias, questionou-se: como a ambiguidade do estatuto jurídico do corpo se tornou um problema?

Para tentar compreender esse evento, foi necessário analisar os grupos de palavras coordenadas sob as categorias de pessoa e de coisa mobilizados para identificar o corpo no direito. Esses signos eram agrupados de acordo com uma ordem repetida: “pessoa não é coisa” e “a dignidade é o valor da pessoa humana”. A abordagem escolhida para analisar esses agrupamentos de signos foi a análise de discurso baseada na arqueologia de Foucault. Para essa abordagem, a ordem de conjugação de signos é chamada de enunciado.

Dessa forma, a pesquisa consistiu em uma descrição dos enunciados sobre o corpo, de modo a compreender a produção do discurso jurídico. O itinerário percorrido para perquirir essa investigação pautou-se justamente pelos enunciados identificados: a) pessoa não é coisa – enunciado da pessoa; b) a dignidade é o valor da pessoa humana e a utilidade é o valor das coisas – enunciado da dignidade.

Sendo assim, o primeiro capítulo tratou de descrever o funcionamento do procedimento arqueológico e seu uso adaptado à presente pesquisa. Para tanto, foi necessário distinguir o modo como Foucault e o procedimento arqueológico aparecem como orientação metodológica. Destacou-se que a arqueologia foucaultiana gira em torno do problema da verdade, que é confrontada pelo afirmado ceticismo de Foucault. Como apontado, na arqueologia as únicas verdades consideradas são os fatos históricos, que são formuladas por Foucault como singularidades. O enunciado (considerado como uma função) e o discurso (conjunto de enunciados) aparecem como expressões de singularidades. Com esse arcabouço conceitual, estabeleceu-se que a análise ora empreendida consistiria em descrever os enunciados presentes nas decisões judiciais, localizando seu momento histórico de formação e sua função de dispersão no discurso jurídico.

Por isso o segundo capítulo consistiu numa descrição do enunciado da pessoa e identificação da sua formação histórica (2.1) para depois descrever como o corpo é construído no discurso jurídico a partir desse enunciado (2.2). Corpos e partes de corpos aparecem como objetos discursivos do direito, formulados, classificados e distribuídos pela função enunciativa da pessoa. Por esse enunciado, o corpo vivo e íntegro da gestante é manifestação de sua personalidade - o que garante a sua proteção pelo ordenamento jurídico - enquanto que o corpo de um feto anencéfalo ou as células tronco embrionárias produzidas em laboratório por fertilização *in vitro* (partes do corpo) não tem vínculo com a categoria de pessoa, restando a classificação como coisa. Essa dispersão do corpo e de suas partes em duas categorias opostas é produto do funcionamento do enunciado da pessoa.

Por outro lado, a oposição entre essas duas categorias e a ambiguidade do corpo como um problema jurídico são construções de uma formação histórica particular: há uma ruptura na suposta continuidade histórica, nos termos da arqueologia (VEYNE, 2009, p. 23). A classificação jurídica entre pessoas e coisas pode ser identificada já na formulação do Direito Romano, mas foi somente com a leitura da Escola Histórica do Direito, do século XIX, que essas duas categorias se tornaram termos sistematicamente opostos.

O principal teórico dessa Escola foi Savigny, que tinha por preocupação o estabelecimento de um sistema científico para o direito. Para realizar essa construção, o jurista mobilizou uma linguagem técnica para reformular figuras jurídicas do antigo Direito Romano. Esse direito como sistema de linguagem técnica, construção histórica do século XIX, é o direito a que se refere Hermitte ou Pontes de Miranda. Mesmo Savigny (1878, p. 257-258), afirma que há uma linha invisível que distingue o plano jurídico, linha também traçada na distinção ponteana entre mundo dos fatos e mundo jurídico. Nessa formulação do direito, há uma pressuposição da separação entre um fato jurídico e um fato social, ou entre a norma jurídica e a realidade social. Por meio dessa separação pressuposta, os objetos dessa realidade social somente passam a integrar o mundo jurídico quando há uma regra jurídica sobre tais. Em outras palavras, para que um objeto tenha relevância jurídica ele deve ser convertido pela linguagem jurídica, que é técnica, e depois classificado entre suas categorias de pessoa ou coisa.

Nesse raciocínio, o conceito de pessoa elaborado por Savigny é uma dedução do conceito de relação jurídica como “relação de pessoa a pessoa, determinada por uma regra jurídica” (SAVIGNY, 1878, p. 258). Essa formulação da relação jurídica e da pessoa consiste no desdobramento da necessidade de fundação do direito como sistema científico, pois opera uma linguagem técnica que pressupõe a distinção entre “direito” e “realidade”, entre mundo jurídico e mundo dos fatos. O que também foi apontado é que essa distinção feita por Savigny é inspirada no conceito kantiano de sujeito moral, caracterizado pela liberdade como autonomia. É nesse jogo de termos que o discurso jurídico mobilizado nas decisões judiciais do arquivo é fundado.

Porém, nessa sistematização do direito e nessa categorização da pessoa, o corpo não é um elemento relevante. Foi somente no século XX, com o avanço dos procedimentos biotecnológicos sobre o corpo, que este apareceu como um problema jurídico. A manipulação do corpo e seus elementos por meio de técnicas tornou possível procedimentos como os transplantes de órgãos, a doação de sangue e medula ou a fertilização *in vitro*. Como esses eventos poderiam ser configurados como negócios jurídicos, houve a necessidade de enquadramento do corpo às categorias do discurso em questão. O debate

promovido na década de 1970 pela Association Henri Capitant evoca a relevância da necessidade de definição sobre o estatuto jurídico do corpo. Por meio desse debate o corpo humano aparece como um suporte da pessoa. Em outras palavras, foi classificado como coisa, mas, por ter vínculo fundamental com a pessoa, não é qualquer coisa.

Dessa maneira, por ser coisa o corpo é disponível, mas porque é suporte da pessoa somente é disponível se o ato de disposição advier do exercício de autodeterminação da própria pessoa. Isto é, para configurar o corpo como coisa incide o conceito de autonomia. Além disso, o corpo é classificado como um bem da personalidade, como uma manifestação da pessoa. Com isso se estabelece a característica de extrapatrimonialidade do corpo: não pode ser mercadoria, objeto de comércio.

Essa separação entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade e entre disponibilidade e indisponibilidade é justificada pela dignidade humana. Tanto nas decisões judiciais como na doutrina jurídica selecionada, a dignidade humana é considerada como um valor que distingue a pessoa humana das coisas, que tem valor de utilidade. Essa formulação opera no discurso como um critério de dispersão dos objetos discursivos entre pessoa e coisa.

Em vista disso, o terceiro capítulo foi um exame do enunciado da dignidade humana. Nas decisões judiciais esse enunciado foi mobilizado para distinguir objetos no discurso jurídico, como as células tronco embrionárias produzidas em laboratório para pesquisa (classificadas como coisas) e as células tronco embrionárias advindas de um embrião no útero (classificadas como nascituro, pessoa humana em potencial). Apesar do repetido uso como critério de dispersão, não há nessas decisões uma definição para o que seja dignidade humana e nem para o que seja humano. É na doutrina jurídica que se encontra a definição desse termo: valor absoluto do homem enquanto ser racional e autônomo, que tem um fim em si mesmo – em oposição às coisas, que são heterônomas e não tem fim em si mesmas. Por meio dessa ideia que se estabelece a indisponibilidade do corpo, afinal o ser humano não pode ser reduzido a coisa – porque dessa maneira contrariaria a sua própria humanidade, que consiste em ser autônomo. Também por meio da mesma ideia o corpo aparece como disponível, afinal se a disposição do corpo for um ato de

autonomia e não importar na redução da pessoa à coisa (vedando a comercialização), então ainda se mantém respeitada a dignidade humana.

A doutrina jurídica analisada atribui essa formulação da dignidade humana à Kant. Contudo, a análise da noção kantiana de dignidade mostrou que não há coincidência entre essa formulação e o modo como ela é usada no discurso jurídico. Sob o olhar da arqueologia, essa discrepância indica que os conceitos kantianos são operacionalizados pelo discurso jurídico, remontados de acordo com o funcionamento do discurso. Dessa forma, a menção a Kant para a conceituação da dignidade humana não resguarda preocupação com uma interpretação precisa de seu sistema filosófico. Os problemas para Kant não são os mesmos problemas para o direito, de modo que os conceitos kantianos são também adaptados para servir ao funcionamento do discurso jurídico, que opera como um jogo de perpetuação do enunciado da pessoa.

Conforme Sensen (2011, p. 1), a noção de dignidade humana usada no discurso jurídico está vinculada com os direitos humanos, não com o sistema filosófico de Kant. Apesar disso, nem mesmo a partir dos direitos humanos há uma definição precisa do que seja dignidade humana, apenas é delimitada vagamente como um cuidado da “própria condição humana (...) do ser humano” (SARLET, 2006, p. 143).

A proteção da condição humana é critério fundador do discurso jurídico desde Savigny (1878, p. 304), que entende o direito como uma ordem garantidora dessa condição humana. Para o jurista do século XIX, condição humana significa ser autônomo, possuir a capacidade de autodeterminação - de modo que o direito deve servir para garantir a manutenção da liberdade enquanto autonomia, garantir a continuidade dessa unidade do ser humano.

Essa noção de humano que adota Savigny, contudo, não é a mesma adotada nas decisões judiciais. Para falar do humano juridicamente, no raciocínio de Savigny, seria necessário que seja mobilizada a linguagem técnica do direito. Para esse autor, ser humano é a pessoa determinada de uma relação jurídica (SAVIGNY, 1878, p. 304) e pessoa é a posição de imputação de direitos e deveres no ordenamento jurídico. Assim, para falar do humano seria

necessário usar os termos técnicos e abstratos do vocabulário jurídico, que parte da distinção entre o mundo jurídico e a realidade social.

Por outro lado, nas decisões judiciais, quando se fala de pessoa humana, não há essa separação: fala-se de pessoa concreta. Corrêa de Oliveira & Muniz (1980, p. 16) afirmam que a visão da pessoa como um centro de imputação de direitos e deveres é insuficiente para proteger a pessoa e sustentam que a pessoa humana seja considerada como uma noção pré-normativa, como um dado ontológico e também axiológico - propõe-se uma reconfiguração da separação fundamental estabelecida por Savigny, um ocultamento da linha que separa o plano jurídico.

Esse entendimento do conceito de pessoa como uma estrutura concreta é uma formulação do personalismo moderno (REBOUL, 1970, p. 197). Enquanto o conceito kantiano de pessoa é uma derivação do conceito de autonomia, para o personalismo a pessoa é uma realidade concreta. Tal afirmação não tem sentido sob a ótica da filosofia de Kant, porque para este filósofo a “realidade” sequer é possível de ser conhecida. Desse modo, a formulação de dignidade humana no discurso jurídico, apesar de atribuída a Kant, é uma interpretação do personalismo moderno.

Ainda assim, não há uma definição do que se considera “humano” no discurso jurídico. Para funcionar no discurso jurídico, o enunciado da dignidade não exige uma determinação exata do que é ser humano e do valor do ser humano, essas são ideias pressupostas. Apesar disso, a palavra “humano” é reiteradamente usada nos direitos humanos em referência à uma natureza humana universal e a-histórica. Como a finalidade do direito no discurso jurídico é a garantia de proteção da condição humana, esse homem universal e a histórico é o que funda a ordem jurídica - o que remonta a leitura de Savigny sobre a autonomia de Kant.

Essa concepção de humano como universal e a-histórico, contudo, é inventada no século XIX. Isto porque, conforme Foucault (1966, p. 355) o homem/humano sequer fazia parte do domínio de objetos a serem conhecidos. Foi somente com um novo modelo de pensamento que se tornou objeto da ciência. Com esse novo modelo o homem enquanto um ser que vive, trabalha e

fala passou a ser fundamento de todas as positivities (FOUCAULT, 1966, p. 384). Não obstante, o direito pensado por Savigny como sistema científico também tem por fundamento o homem, na medida em que sua finalidade é a garantia de proteção da condição humana.

A questão sobre “o que é o humano?” ou “o que é o homem?” não tem uma resposta devida. Segundo Foucault (1966, p. 352), essa indefinição serve para mostrar o vazio do que seja o homem. E, para o autor, esse vazio advém da distinção kantiana entre empírico e transcendental. Essa distinção concebe o homem em estatuto ambíguo: objeto de saber ao mesmo tempo que é sujeito que conhece.

No discurso jurídico o homem/humano aparece como um termo sem determinação precisa que serve para proliferar os enunciados desse discurso. Apesar disso, a concepção de homem como duplo empírico-transcendental é pressuposta desde Savigny, que estabelece o homem como sujeito fundador da ordem jurídica - pois criar regras para si mesmo corresponde justamente à uma prática de liberdade, autodeterminação - ao mesmo tempo em que é objeto visado por essa ordem – pois a finalidade do direito é garantir sua proteção.

Retoma-se que o problema que o corpo apresenta ao discurso jurídico é seu estatuto ambíguo, já que pode ser enquadrado tanto como pessoa quanto como coisa. Quando elaborado por meio do enunciado da pessoa, o corpo é uma coisa extrapatrimonial, um bem da personalidade. Mesmo essas expressões já são a reprodução de uma ambiguidade: o corpo é uma coisa que é pessoa. Assim, sugere-se que a ambiguidade do estatuto jurídico do corpo é uma derivação da concepção moderna do homem como empírico-transcendental, que no discurso jurídico a categoria de pessoa ocupa a posição de transcendental – na medida em que é sujeito das relações jurídicas - e a categoria de coisa corresponde à posição empírica - já que figura como objeto do sujeito.

Essa derivação da concepção de homem moderno no discurso jurídico aparece continuamente movimentada pelo jogo composto pelos enunciados da pessoa e da dignidade - jogo este que torna possível a aparição e dispersão dos

objetos no discurso, que traça os limites do dizível e do visível, que elabora as coordenadas que determinam a posição de objetos discursivos numa ordem.

Foram cinco principais hipóteses iniciais: a) há enunciados que se repetem durante um período de tempo em decisões judiciais diferentes – o que foi confirmado ao analisar as decisões judiciais⁹⁰ proferidas em momentos distintos; b) esses enunciados formam um discurso jurídico sobre o corpo – o que foi identificado, na medida em que o corpo só foi formulado nessas decisões judiciais a partir dos enunciados destacados que, conjugados, formam um discurso; c) esse discurso jurídico sobre o corpo consta provavelmente em qualquer outra decisão judicial que fale sobre corpo no Brasil a partir de 1988 – o que se sustenta, mas carece de investigação; d) como o discurso pode ser pensado como produto de uma história e reflexo não adequado de seu objeto, pode-se considerar que as ambiguidades de uma decisão judicial sobre o corpo revelam, então, a presença de um discurso – o que também foi verificado mediante a análise das decisões; e) apesar da análise se centrar nas positividades escritas dos textos das decisões judiciais, não se exclui as empiricidades – algo que também foi identificado, já que as formulações jurídicas sobre o corpo tinham sempre um efeito (como a possibilidade ou não de interrupção de uma gestação).

O discurso jurídico aparece delineado por dois grandes enunciados, que ordenam uma grelha conceitual propriamente jurídica. Essa grelha é composta por todos os conceitos que são derivados dos enunciados identificados: do conceito de autonomia até o conceito de herança, a distribuição jurídica tem seu arranjo montado pela oposição pessoa-coisa e pela valoração universal do humano como digno.

A identificação de um discurso jurídico sobre o corpo permite analisar o funcionamento do direito em seu modelo de classificação e identificar as verdades gerais pressupostas, as falsas generalidades, nas quais o direito está encerrado – tal qual um peixe num aquário (VEYNE, 2009, p. 10). A descrição do discurso jurídico teve por finalidade a explicitação da arbitrariedade das

⁹⁰Aponta-se que de todas as oito decisões judiciais selecionadas através da pesquisa quantitativa apenas a ADI 3510 e a ADPF 54 traziam elaborações sobre o corpo em seu texto.

construções jurídicas e dos limites que esse discurso dispõe. Não há uma origem secreta, um sentido, para as verdades criadas no discurso jurídico, que é uma instância autorreferente na qual ocorre um jogo (FOUCAULT, 1969, p. 39). Tal jogo de verdades foi posto a prova na medida em que se propuseram questões sobre os documentos selecionados

Contudo, a análise de discurso não permite identificar os efeitos desse discurso sobre os corpos. Retoma-se que a dispersão de positivities operada pelas palavras não está desvinculada de um efeito sobre empiricidades. Em outras palavras, o discurso jurídico sobre o corpo tem efeitos de poder sobre corpos. A própria interrupção da gestação é uma marca desses efeitos filtrados pela palavra do direito. Assim, identificar o modo de atuação do discurso jurídico pela análise de sua formação permite a possibilidade de sua reformulação e reconfiguração dos efeitos de poder que dele emanam.

A presente pesquisa teve por recorte uma abordagem das práticas discursivas em decisões judiciais que versam sobre o corpo e suas partes. Apesar disso, rememora-se que uma decisão judicial é um documento vinculado a um mecanismo de poder: o Sistema Judiciário do Estado. Desse modo, há também uma relação entre os discursos e seus efeitos sobre os corpos a ser explorada a partir da análise feita neste texto, que identificou a tecnologia política da qual o corpo é alvo – nos termos da genealogia de Foucault.

Além disso, o discurso que compõe essa tecnologia também está ligado a um dispositivo, na medida em que é perpetuado em instituições, molda arranjos arquiteturais, determina decisões, leis, medidas administrativas e enunciados. Apesar de ter-se mencionado a relação do discurso jurídico com um suporte histórico e institucional, não se identificou especificamente esse dispositivo – o que constituiria outra pesquisa.

Apesar disso, dois elementos desse dispositivo são significativos: a) o vínculo do discurso jurídico com o Estado; b) a proteção da vida humana justificada pela dignidade humana na construção do discurso jurídico. Para Foucault, a proteção da vida humana pelo Estado que tem efeito nos corpos de uma população pode ser chamada de biopolítica. Assim, indica-se que a incidência do poder sobre os corpos por meio dos enunciados da pessoa e da

dignidade pode ter relação com essa instância biopolítica. Seria necessário investigar qual a relação do discurso jurídico identificado, formulado do século XIX ao século XX, com o Estado entendido como instrumento de gestão da vida. Para isso seria necessário lançar mão de uma genealogia, a fim de identificar os efeitos de poder sobre os corpos da população.

Por fim, há que se pontuar que também seria necessário investigar os diferentes usos dos termos “homem” e seu vínculo com a ideia de autonomia e liberdade, bem como os usos do termo “mulher” vinculada ao corpo e a à produção da vida – o que necessitaria de um recorte de gênero, propiciando outra pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. São Paulo: Forense, 2016.

ANDORNO, Roberto. **La distinction juridique entre les personnes et les choses: à l'épreuve des procréations artificielles**. Paris: L.G.D.J., 1996.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 43, p. 4394-4404, set. 2004.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Formação discursiva como conceito chave para a arqueogenealogia de Foucault. *In: Revista Aulas*, v. 3, p. 1-24, 2007.

ARTIÈRS, Philippe. **Dizer a atualidade: o trabalho de diagnóstico em Michel Foucault**. In F. Gros (Org.), *Foucault: a coragem da verdade* (pp. 2-23). São Paulo: Parábola Editorial, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

BAUD, Jean-Pierre. **L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps**. Paris: Éditions du Seuil, 1993.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas: vol. 1**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANCO, Rosele Maria. **Foucault e o nascimento da medicina moderna**. 2018. 150 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

BRASIL, **Lei complementar n. 40, de dezembro de 1981**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm>. Acesso em 29.10.2021.

BRASIL, **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. *Lei de Biossegurança*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em 29.10.2021.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 25.09.2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**, Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Julgado em 12.04.2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**, Distrito Federal. Rel, Min. Ayres Britto. Julgado em 29.05.2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n 70041413568** RS, Relator: AlzirFelippe Schmitz, julgado em 28.04.2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n 70037939600** RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 09.08.2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Mandado de Segurança n 70073352940** RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, julgado em 26.04.2017.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.**
Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm#art15>. Acesso em: 15/01/2022.

BREVE, Nelson. “Justiça condena à vida criança condenada á morte”. **Carta maior**. 2004. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Justica-condena-a-vida-crianca-condenada-a-morte/5/1382>>. Acesso em: 23 dez. 2021.

BUCKLAND, W.W. **The Roman Law of slavery**. Cambridge: Cambridge University Press, 1908.

BUCKLAND, W.W. **A text-book of Roman Law: from Augustus to Justinian**. Cambridge: Cambridge University Press, 1975.

CANDIOTTO, Cesar. **Foucault e a crítica da verdade**. Belo Horizonte; Curitiba: Autêntica/Champagnat, 2010.

CARDIM, Leandro Neves. **Corpo**. São Paulo: Globo, 2009.

CHAVES, Antonio. “Direito à vida e ao próprio corpo”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, 10 (1-2): 13-66, jan./dez., 1986.

CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COISA. In. DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2021b. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/coisa/>>. Acesso em: 14/01/2022.

COISA. In. PRIBERAM, **Dicionário Online**. Lisboa: Priberam, 2021a. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/coisa>>. Acesso em: 14/01/2022.

CONGRESSO DOS ESTADOS UNIDOS. **Declaração de Independência dos Estados Unidos da América**, 1776. Disponível em: <<<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>>>. Acesso em: 07/03/2022.

CORDEIRO, Antonio Menezes Cordeiro. **Tratado de Direito Civil IV: parte geral, pessoas**. Lisboa: Almedina, 2011.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. MUNIZ, Francisco José Ferreira. “O Estado de Direito e os direitos da personalidade”. **Revista dos tribunais**. a. 69, v. 532, fev./1980

CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação juridical**. Florianópolis: Conceito, 2010.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

COURTINE, Jean-Jacques. **Decifrar o corpo: pensar com Foucault**. Petrópolis: Vozes, 2013.

DALLA, Danilo. LAMBERTINI, **Renzo**. **Istituzioni di Diritto Romano**. Torino: Giappichelli Editore, 2001.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789.
Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015

DELEUZE G; FOUCAULT, M. **Intelectuais e o poder**. In FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: 1. Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2012

DURRY, Georges. “Rapport generale”. In. **Travaux de L'Association Henri-Capitantpourla Culture Juridique Française**. Paris: Dalloz, 1975

EDELMAN, Bernard. **Ni chose ni personne: le corps humain en question**. Hermann Editeurs, 2009.

EDELMAN, Bernard. **Quand les juristes inventent le réel**. Paris: Hermann Editeurs, 2007.

EGEA, Pierre. “L’indisponibilité de la personne: Confession d’un masque”. In : **La personnalité juridique** [en ligne]. Toulouse : Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, 2013 (généré le 12 janvier 2022). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/putc/3038>>. ISBN : 9782379280429. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.putc.3038>.

FABRE-MAGNAN, Muriel. Dignité. In. **MARZANO**, Michela (org.). **Dictionnaire du Corps**. Paris: 2007, p. 307-313.

FACHIN, Edson. **Direito Civil: Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERNANDES, Maíra Costa. “Interrupção de gravidez de feto anencéfalo> uma análise constitucional”. In SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

FONSECA, Angela Couto Machado. **Corpo, biopolítica e direito: percursos filosóficos da ordenação e regulação biológica**. 2014. Teses (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

FOUCAULT, Michel. “Nietzsche, l’agénéalogie, l’histoire”, **Épiméthée**, Hommage à Jean Hyppolite, Paris, P.U.F, 1971.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la folie à l’âge classique**. Paris, Gallimard, 1972.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. São Paulo: Forense Universitária, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003

Fuchs, E., Tumber, T., & Guasch, G. “Socializing with the neighbors: stem cells and their niche”. **Cell**, 116(6), 769–778, 2004. Disponível em <<[https://doi.org/10.1016/s0092-8674\(04\)00255-7](https://doi.org/10.1016/s0092-8674(04)00255-7)>>. Acesso em 20/03/2022.

GALLOUX, Jean-Christophe. Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l’exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français. In. **Les cahiers de droit**, vol. 30, n. 4, 1989. Disponível em: <<<https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1989-v30-n4-cd3781/042991ar.pdf>>>. Acesso em: 12/01/2022.

GALLOUX, Jean-Christophe. “Le corps humain dans le Code civil”. In. **Le Code civil : un passé, un présent, un avenir**, Paris, Dalloz, 2004.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres. “Prefácio”. In. CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUTIÉRREZ, Salvador Cárdenas. “Estudio Introdutorio”. In. SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**, Madrid: F. Góngora y Compañía, 2004.

HERMITTE, Marie-Angèle. **Le droit est un autre monde**. *Enquête*, 7 | 1999, 17-37.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUISMAN, Bruno. RIBES, François. **Les philosophes et le corps**. Paris: Dunod, 1992.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão civil-constitucional**. Salvador: JusPodium, 2016.

Johnson M. H. (2019). A short history of in vitro fertilization (IVF). **The International journal of developmental biology**, 63(3-4-5), 83–92, 2019. Disponível em: <<<https://doi.org/10.1387/ijdb.180364mj>>>. Acesso em: 20/03/2022.

JOSSERAND, Louis. “La personne humaine dans le commerce juridique”. In. **Recueil hebdomadaire**. Paris: Dalloz, 1932.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LABRUSSE-RIOU, Catherine. “L’enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne”, **Droits**. Revue française de théorie juridique, no 13 ; Biologie, personne et droit, puf, 1991, p. 19-30.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. REVISITANDO A TEORIA DA PESSOA JURÍDICA NA OBRA DE J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 46, dez. 2007. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14977/10029>>. Acesso em: 21 mar. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v46i0.14977>.

LICHTENSTEIN, Jacqueline. “Do disegno ao desenho”. In. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Artes, Cultura e Linguagens – NAVA**, v. 7, n. 1 e 2, agosto de 2019, p. 19-27.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Roberto. *Arqueología y epistemología*. In: **BALBIER**, E et alii (ed.). Michel Foucault, filósofo. Barcelona: Gedisa, 1990. p.15-30.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARSHALL, James. **A Critical Theory of the Self: Wittgenstein, Nietzsche, Foucault**. Springer Netherlands: Studies in Philosophy and Education, v.20, n.1, jan., 2001.

MARTINS, Clélia Aparecia. O conceito de sujeito em Kant. In. **Veritas**, Porto Alegre, v. 50, n. 2, p. 195-204, junho de 2004

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.171.

MELO, Silvana Regina de. RIBEIRO, Patrícia. Substrato neural das funções mentais: relação anatômica e funcional evidenciada a partir de pesquisas com neuroimagem funcional. **Revista Cesumar**, Maringá, v. 7 n. 1, jan./abr, 2014.

MITRE, Maya. Ciência e Direito em julgamentos constitucionais que envolvem o direito à vida. IN. **Bioteχνologias e regulações**: desafios contemporâneos. org. Ivan Domingues. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo**, m. 65, jul./set. 1993. P. 66.

MORAES, Maria Celina Bodin. “Ampliando os direitos da personalidade”. In: **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 121-148.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio De Janeiro, v. I, 1991. Disponível em <<

<http://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%20Celina.pdf> >> Acesso em 19/03/2022

NEIRINCK, Claire. La personnalité juridique et le corps In : **La personnalité juridique [en ligne]. Toulouse** : Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, 2013 (généré le 12 janvier 2022). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/putc/3026>>. ISBN : 9782379280429. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.putc.3026>.

NERSON, Robert. “Rapport de synthese”. In. **Travaux de L'Association Henri-Capitant pour la Culture Juridique Française**. Paris: Dalloz, 1975

OMAR PEREZ, Daniel. “O lugar da natureza humana em Kant”. **Revista Natureza Humana**, São Paulo, v. 19, n. 2, pp. 3-19, jul./dez. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESSOA. In. DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2021b. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/pessoa/>>. Acesso em: 10/01/2022.

PESSOA. In. PRIBERAM, **Dicionário Online**. Lisboa: Priberam, 2021a. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/pessoa>>. Acesso em: 10/01/2022.

PLATÃO. Fédon. In. **Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

RAJCHMAN, John. Foucault pragmático. In: **PORTOCARRERO**, Vera; CASTELOBRANCO, Guilherme (Org.). Retratos de Foucault. Rio de Janeiro: Nau, 2000. p. 68-87.

REALE, Miguel. “A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua”. In. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 43, 113-145. Disponível em: >><https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66090/68700>>>. Acesso em 03/04/2022.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. “O avesso do sujeito: provocações de Foucault para pensar os direitos humanos”. In: **Revista Opinion Jurídica**, Vol. 14, nº 28, pp. 45-62 – ISSN 1692-2530, Julho – Dezembro de 2015 240 p. Medelin, Colombia.

REBOUL, Olivier. La dignité humaine chez Kant. In. **Revue de Métaphysique et de Morale**, 75e Année, No. 2 (Avril-Juin, 1970), p. 189-217.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de Direito Civil brasileiro: introdução ao estudo do direito civil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1915.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. “Pessoa, personalidade, conceito filosófico e conceito jurídico de pessoa: espécies de pessoas no direito em geral”. In. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 118/2018, p. 281 – 291, Jul.-Ago. 2018.

SALDANHA, Victor Hugo. “O advento do homem e das ciências humanas: uma leitura da modernidade à luz de Foucault”. In. **Revista Primordium** v.2 n.3 jan./jun. - .2017

SAMBUC, Cléa; LE COZ, Pierre. “La dignité humaine kantienne: une justification théorique des transplantations d’organes?” In. **Raison Publique**, 2012/2 (n. 17), p. 219-238

SANT’ANNA, Denise Bernuzzi de. **Corpo, a próxima fronteira do capital**. São Paulo: Folha de São Paulo, 1997. Disponível em: <<<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/3/16/mais!/3.html>>>. Acesso em: 14/01/2022.

SANTANA, Marcus Vinícius Martins de Castro; CANÊDO, Fernanda Margonari Cabral; VECCHI, Ana Paula. “Anencefalia: conhecimento e opinião dos médicos ginecologistas-obstetras e pediatras de Goiânia”. **Revista Bioética**, vol. 24, núm. 2, pp. 374-385, 2016

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SAVATIER, René. "Conclusion generale". In: **Travaux de L'Association Henri-Capitant pour la Culture Juridique Française**. Paris: Dalloz, 1975

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878

SCIELO. Scielo. 2021?. Disponível em:
<<https://search.scielo.org/?lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=foucault>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

SELMAN, Mark. Dangerous ideas in Foucault and Wittgenstein. **Fifth Concurrent Session in Philosophy of Education**, p. 316-325, 1988.

SENSEN, Oliver. **Kant on human dignity**. Berlin: De Gruyter, 2011.

SÉRIAUX, Alain, "Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain", in Sériaux Alain (dir.), **Le droit, la médecine et l'être humain**. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle, Aix, PUAM, 1996

SILVEIRA, Filipa Carneiro. Foucault e a humanidade. **Ipseitas**, São Carlos, vol. 6, n. 1, pp. 112-125, jan-jun, 2020.

SOLER, Vivar Y. et al. O que é o estatuto de um intelectual? A pirotecnia e a parrhesia como introdução à vida não fascista. **Psicologia & Sociedade**, v. 25, p. 504-509, 2013.

SONTAG, Kenny. Tendências teórico-jurídicas decorrentes da escola histórica do direito: pandectística, germanística e história do direito na ciência do direito positivo alemã do século XIX. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 66, p. 421-456, 2015.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. Administração Pública. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/411/edicao-1/administracao-publica>

STRECKER, Márion. **Comodato: problema ou solução?**. *Select*, São Paulo, jan. 2016. Disponível em <https://www.select.art.br/comodato-problema-ou-solucao/>. Acesso em 29 de out. de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TERNES, José. Michel Foucault e o nascimento da modernidade. **Tempo Social**, São Paulo, v. 7, n. 1-2, p. 45-52, 1995.

VEIGA-NETO, Alfredo. **A ordem das disciplinas**. 344 p. Tese (Doutorado, Educação). - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 1996.

VEIGA-NETO, Alfredo. Na oficina de Foucault. *In*: GONDRA, José; KOHAN, Walter (org.). **Foucault 80 anos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006. p.79-91. ISBN: 85-7526-225-4

VEYNE, Paul. **Foucault, o pensamento, a pessoa**. Lisboa: Edições Texto e Grafia, 2009.

VIEIRA, Mônica Silveira. **Direito ao corpo**: modificações corporais, limites da disponibilidade e responsabilidade. Curitiba: Juruá, 2014.

VILLEY, Michel. "L'Humanisme et le droit." *In*: **Seize essais de philosophie du droit (dont un sur la crise universitaire)**. Paris: Dalloz, 1969, p. 71.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Porto: Rés-Editora, 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Anotações sobre as cores**. Lisboa: Edições Setenta, 1987

ZARKA, Yves Charles. "A invenção do sujeito de direito". *In*: ZARKA, Yves Charles et al. **Filosofia política**: nova série, vol. 1. Porto Alegre: L&PM, 1997. p. 9-29.