

GABRIEL GUALANO DE GODOY

ACÓRDÃO PERRUCHE E O DIREITO DE NÃO NASCER

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIEL GUALANO DE GODOY

ACÓRDÃO PERRUCHE E O DIREITO DE NÃO NASCER

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos seguintes Professores:

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

Professor Doutor Laymert Garcia dos Santos
Universidade Estadual de Campinas

Professor Doutor Rodrigo Xavier Leonardo
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2007.

SUMÁRIO

RESUMO – p. 4

ABSTRACT – p. 5

INTRODUÇÃO: DE CORPO PRESENTE – p. 6

PARTE I - O corpo diante da Lei – p. 11

CAPÍTULO 1 - Precedentes norte-americanos e o Acórdão Perruche – p. 12

CAPÍTULO 2 - Acórdão Perruche e a resposta jurídica da reparação de danos – p. 31

PARTE II - Justiça contratual para o corpo – p. 48

CAPÍTULO 1 - Deslocamento do conceito de dano e a proposta de Axel Gosseries – p. 49

CAPÍTULO 2 - Direitos subjetivos da personalidade, humanismo jurídico e a crítica de Bernard Edelman – p. 61

PARTE III – Morte e vida dos corpos – p. 84

CAPÍTULO 1 - Politização da vida e a eugenia liberal no Acórdão Perruche – p. 85

CAPÍTULO 2 - Potências da vida: a arte interpela a política – p. 108

CONSIDERAÇÕES FINAIS E O SILÊNCIO DE NICOLAS PERRUCHE – p. 115

REFERÊNCIAS – p. 125

RESUMO

No controverso caso Perruche uma criança com deficiência figurou como autora de ação de reparação de danos por ter nascido em vez de ter sido abortada, conforme quis, originalmente, sua mãe. Trata-se de um caso limite, pois registra o momento em que a Corte de Cassação francesa se distancia de decisões anteriores sobre o direito à vida.

Ao ser concedida a indenização no Acórdão Perruche, a mais alta Corte da França deixa implícito o reconhecimento e a reparação de certo direito de não nascer.

Houve, em consequência disso, um grande descontentamento da sociedade civil organizada com o teor da decisão e, dois anos depois, foi promulgada uma lei de cunho mais humanista, que viria a ser conhecida como “lei anti-Perruche”.

Logo em seu artigo primeiro, a lei ataca a ideologia do direito de não nascer ao dispor que não existe dano decorrente do simples fato nascimento, pois uma vida nunca pode ser injusta.

Enquanto o poeta brasileiro João Cabral de Melo Neto escreveu uma história concluindo que a esperança poderia ser encontrada na vida de uma criança, a crônica real esboçada pela Corte de Cassação francesa terminou com uma resolução de morte para uma criança que foi trazida à vida.

Palavras-chave: Acórdão Perruche; direitos da personalidade; responsabilidade civil; direito de não nascer; biopolítica

ABSTRACT

In the controversial Perruche case, a child with a disability brought a tort action, by representation, for having been born instead of having been aborted as his mother had originally intended. This was a watershed case because in its decision the Court went against previous ideologies regarding the “right to be born”.

The highest French Court awarded indemnity to the plaintiff in this case. This decision by the French Court implied that the “right not to be born” is presumed right and thus one that could be violated.

There was a public outcry to the *Cour de Cassation* decision and, two years after the decision, a law was created and passed called the “Anti-Perruche Law” which was based on humanistic values.

In its first article, this law countered the newly formed ideology of the “right not to be born”, arguing that there is no damage in a mere birth, because life can never be unjust.

While Brazilian poet João Cabral de Melo Neto wrote a story concluding that hope could be found in a child’s life, the real chronicle of the French Court in the Perruche case ended with the resolution of the death for a child that was born and brought into life.

Keywords: Perruche case; personality rights; civil liability; right not to be born; biopolitics

INTRODUÇÃO: DE CORPO PRESENTE

O polêmico Acórdão nº 457, julgado em 17 de novembro de 2000 pela Corte de Cassação francesa, confirmou o direito de uma criança nascida com deficiência figurar como autora, por representação, de ação judicial de reparação de danos proposta em face do médico de sua mãe.

Apesar de não existir lei que compromettesse a equipe médica com o resultado “nascimento de uma criança normal”, a negligência no momento do diagnóstico pré-natal, meio de prever hipótese de anomalia fetal, provocou a perda da chance de Josette Perruche optar pela interrupção voluntária da gestação de Nicolas Perruche.

Essa quebra do dever de cuidado e do dever de informação foi interpretada como uma inexecução contratual por parte do médico, que teria provocado um dano não só à mãe, mas principalmente à própria criança que nasceu.

Assim sendo, no Acórdão Perruche, tudo se passa como se fosse de interesse de Nicolas a opção de Josette pela interrupção da gravidez, ainda que a criança deixasse de existir caso tal decisão fosse levada a cabo.

A confirmação pela mais alta Corte francesa do direito à indenização revela, pela via da reparação de danos, que o suposto direito violado com o não-cumprimento da obrigação de meio foi o “direito de não nascer” de Nicolas.

O julgamento do caso Perruche ocorreu na França, em uma sociedade em que o desenvolvimento da tecnologia voltada à produção de inovações, com o objetivo de agregar valor de mercado aos produtos aplicáveis à saúde humana, aliado ao poder do capital, permite uma análise do denominado “mercado de produtos biotecnológicos”, no qual o homem é tomado como fonte, destinatário e titular de materiais e produtos.

Nesse contexto, e no exercício de sua condição de sujeito de direito, pode o homem exercer sua autonomia jurídica de maneira ilimitada, só antes imaginada, ou antecipada, em obras literárias de ficção científica. Esse é o caso do direito à não-existência.

De acordo com a linha de pensamento liberal e individualista, marca do Direito moderno, os direitos da personalidade tratariam de tutelar os elementos característicos do ser humano, entre eles sua autonomia, tendo como base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A narrativa em torno desse caso, similar àquelas que Jürgen Habermas tratou de eugenia liberal¹, exige uma compreensão por outros marcos, para além dos legais. Assim sendo, é preciso refletir se as técnicas que possibilitam os diagnósticos genéticos pré-natais ultrapassaram, de maneira sutil, as fronteiras do tratamento terapêutico ou se, de outro lado, tais procedimentos correspondem a um princípio de seleção e aperfeiçoamento genético da espécie.

¹ Habermas formulou a questão “a caminho de uma eugenia liberal?”, em seu livro “O futuro da natureza humana”. (In: HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2000, p. 23).

O caso francês parece bastante representativo, pois trata, enfim, da presença de um corpo imperfeito, que escapou à lei da natureza e à lei do contrato, diante de um Tribunal.

Impossibilitado de compreender a demanda de Nicolas Perruche, criança que nasceu cega, surda e com transtorno mental, o Direito impõe como condição para uma escuta de Nicolas que seu desejo seja traduzido em uma vontade jurídica, em um direito subjetivo que pudesse estar escrito ou ser escrito e pleiteado em seu nome, por seus representantes legais.

Desse modo é que a resposta do Direito moderno parece ter acolhido e abandonado Nicolas. O Direito o acolhe quando lhe garante acesso à justiça, na medida em que permite a Nicolas repousar seu corpo diante da lei. Mas o Direito também o abandona, quando não permite que Nicolas se apresente, pois, para os juízes, essa criança não passaria de um corpo incapaz, impotente.

Assim, voltam a operar o acolhimento e o abandono jurídicos. O acolhimento com o aceite da presença de Nicolas, por meio do mecanismo jurídico da representação, e o abandono com a transformação de uma questão sua como uma questão de seus pais em torno de um direito não reconhecido.

No decorrer do processo judicial, toda a eventual questão de Nicolas passou pela mediação da vontade de seus pais. Josette queixou-se do médico que a acompanhou durante a gravidez, ajuizando uma reclamação em nome de Nicolas. O cerne do problema está, portanto, no desrespeito à vontade de Josette, impossibilitada de recorrer ao aborto em caso de anomalia fetal.

Apesar dos recursos oferecidos pelas novas tecnologias, as *legis artes* da medicina foram descumpridas no caso Perruche, e o médico deixou de observar seu dever de cuidado e seu dever de informar a mãe sobre os riscos de sua gestação.

Essa negligência levou a uma resposta equivocada do médico sobre o *status* da vida de Nicolas. Por sua vez, isso fez com que Josette ignorasse a deficiência congênita do feto que carregava no ventre.

Por conta desse sofrimento da mãe em relação à criança, surgiu um problema. A perda da chance do exercício do direito ao aborto teria sido provocada por um erro médico. Para compor esse conflito foi invocado o Direito. Mas a ação judicial não foi proposta por Josette. A ação foi proposta por Nicolas, representado por sua mãe Josette. Nesse momento, tudo se passa como se a perda da chance de Josette causasse dor e sofrimento ao próprio Nicolas, que preferiria não ter nascido.

A resposta jurídica terá, enfim, que dar conta de pensar a presença de Nicolas diante da Lei, para julgar qual haveria sido o direito violado e propor uma solução. Todo o esforço dos juízes resultou em uma discussão quase interminável, que alcançou a Corte de Cassação francesa.

Ocorre que a resposta jurídica vitoriosa no caso foi a concepção de justiça contratual. Dessa maneira, tudo se passa como se os juízes cogitassem como a melhor resposta a ser dada aquela baseada na reparação dos danos causados, em virtude da inexecução da obrigação contratual assumida pelo médico em seu acordo de vontades com Josette.

A partir daí, é possível afirmar que a indenização garantida pela Corte de Cassação francesa, ao pretender tornar indene a perda do direito ao aborto de Josette, acabou por reparar a violação de um direito do próprio Nicolas. Se Nicolas figurou como autor da ação e se ele recebeu recompensa em dinheiro, isso fez aparecer o que foi indenizado: seu direito de não nascer.

Assim sendo, parece estar em causa o direito ao aborto, esse direito que permite a antecipação da morte de uma vida. Um direito negativo que deveria afastar o Estado de Josette no momento de sua decisão. Contudo, o que está em causa é, exatamente, a contrapartida desse direito, o direito de não nascer, um direito subjetivo de Nicolas, um direito que permite a antecipação da vida da morte, pois trata de reivindicar a não-existência.

A justiça contratual, que atua com base em prestações equivalentes, ou sua reparação pela via da indenização em dinheiro, consagrou uma “dupla palavra de morte”² no caso Perruche: aborto (pós-natal) e eutanásia (pré-natal); vinculando ambas à resposta jurídica liberal-econômica, ou seja, patrimonialista.

O corpo é tratado também como um equivalente em moeda, que pode ser levado ao mercado³. O direito de não nascer emerge, assim, diante da impossibilidade de alienação de si, como resposta depois de um prejuízo ao “capital humano”⁴ de Nicolas.

A vida de Nicolas Perruche é uma vida-capital e, ainda que não seja sustentável um direito subjetivo da personalidade de não nascer, esse “novo direito” foi indenizado. Foi isso o que desvelou o Acórdão Perruche.

Por essa razão, surgiram propostas que criticam a decisão do caso Perruche e a emergência do direito de não nascer. Entre essas respostas está a de Axel Gosseries, jurista belga que propôs, a partir de uma linha humanista, preocupada com as respostas jurídica e política, o deslocamento do conceito de dano invocado no caso Perruche.

Axel sugere uma responsabilização social para a questão da deficiência, um mecanismo de *égale sollicitude*⁵, ou seja, um mecanismo de seguridade social destinado a auxiliar todas as pessoas nascidas com deficiência, o que tornaria dispensável a propositura de ação judicial fundamentada na vida com um dano ao próprio titular, como aconteceu com Nicolas.

No entanto, Axel Gosseries não consegue deixar de mencionar que, em casos excepcionais, a vida poderia sim constituir um dano ao próprio titular. Seriam as situações em que a vida se situa

² Expressão de Bernard Edelman em seu ensaio *L'arrêt 'Perruche': une liberté pour la mort?* (EDELMAN, Bernard. *L'arrêt 'Perruche': une liberté pour la mort?* In : Recueil Dalloz, 2002, p. 2349).

³ Bernard Edelman se apropriou das lições de Karl Marx para reafirmar que o sistema do valor de troca é o que significa o sistema da liberdade e da igualdade: “toda a ideologia burguesa consiste em ocultar a contradição imanente desta liberdade e desta igualdade, que se transmudam no seu contraditório: a escravidão e a exploração” (In: EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 134).

⁴ Nas palavras do jurista marxista Pasukanis: “O homem torna-se sujeito de direito com a mesma necessidade que transforma o produto natural em uma mercadoria dotada das propriedades enigmáticas do valor” (PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do Direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 35).

⁵ O artigo de Axel Gosseries *Faut-il couper les ailes à l'arrêt 'Perruche'?* foi publicado na *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, nº 48, 2002, p. 93-110, e encontra-se disponível para consulta no sítio: <http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/PerrucheRiEJ.pdf>

abaixo de um nível mínimo de dignidade. Conforme o jurista belga, em tais ocasiões, a solução está na opção moral pelo aborto. Vê-se, então, como o humanismo jurídico nem sempre se distancia de uma palavra de morte, mesmo quando em defesa da sacralidade da vida e sua dignidade.

Essa é exatamente a crítica de Bernard Edelman. O autor mostrou como as democracias ocidentais são apegadas aos valores de um humanismo liberal. Entretanto, como ressaltou Edelman, com o advento das novas tecnologias o sujeito de direito se tornou super-poderoso e passou a interferir em domínios antes inconcebíveis, como o da vida e da morte. Isso marca o que Edelman chamou de “loucura dos direitos subjetivos”⁶, e é, somente nesse contexto, que a reivindicação ou mesmo a imaginação de um direito subjetivo da personalidade a não nascer ganha concretude.

Nesse mesmo contexto, de banalização das escolhas cotidianas sobre a vida, houve grande alarido social em relação ao pedido de Nicolas Perruche. Com base nos valores humanistas o Poder Legislativo foi muito pressionado pela sociedade francesa para que tomasse posição a respeito do tema. Depois de dois anos, foi promulgada uma lei que passaria a ser conhecida como “Lei anti-Perruche”, pois dispõe, já em seu artigo primeiro, não haver dano por conta do mero nascimento, ou seja: nunca é injusto o nascimento de uma mera vida, de uma “vida nua”⁷, de uma “vida severina”⁸.

Ocorre que, segundo Edelman, esse apelo à dignidade, no caso Perruche, seria “liberticida”⁸. Isso porque a possibilidade da liberdade de si para si, quando significada pela dignidade, fez com que o conceito de humanidade fosse inscrito no “eu”, tornando até mesmo um momento de solidão também um momento em que a humanidade é levada em conta, para “normalizar” a escolha mais íntima.

Essa característica poderia então ser interpretada como uma marca de um momento em que a vida ingressou nos domínios do Direito, do poder. Não apenas nos domínios do poder soberano do Estado moderno, mas também na ordem dos micropoderes que investem sobre a vida e que decidem sobre ela, como é o caso do poder médico. Esses outros poderes não fazem com que o Direito desapareça, pois o Direito, em verdade, ainda existe. Contudo, o Direito passará a utilizar sua força para regular, para gerir o que está posto pela biotecnologia.

E é por isso que o tempo da politização da vida, a biopolítica⁹ analisada por Michel Foucault, permite, ao acolher a vida e sua dignidade, também abandoná-la. Quando a inclusão da vida é inclusão

⁶ EDELMAN, Bernard. *La personne em danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 287.

⁷ A mera vida, aqui aproximada da vida severina do poema de João Cabral de Melo Neto, é uma expressão utilizada por Walter Benjamin, no texto “Crítica da violência, crítica do poder” (In: BENJAMIN, Walter. *Crítica da violência, crítica do poder*. Documentos de Cultura, documentos de barbárie. Org. e Trad. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1986). Essa expressão foi reapresentada como *nuda vita*, vida nua, por Giorgio Agamben, responsável pela tradução e organização das obras completas de Benjamin na Itália. Sobre um ensaio que articula Michel Foucault e Hannah Arendt como marcos teóricos importantes para pensar a questão da vida nua, pode-se ler “Homo Sacer” (AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 9).

⁸ EDELMAN, Bernard. *L'arrêt 'Perruche': une liberté pour la mort?* In : Recueil Dalloz, 2002.

⁹ Conceito cunhado por Michel Foucault (FOUCAULT, Michael. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988) e retomado em aulas por ele ministradas no *Collège de France*, em março de 1976, depois publicadas como *Em defesa da sociedade*. (FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003). De acordo com Foucault, a biopolítica marca o momento em que se opera uma virada da lógica do poder soberano que “faz morrer ou deixa viver”, para a lógica biológica do biopoder que “faz viver e deixa morrer”.

da vida digna, a decisão sobre a vida continua operando com fundamento no Direito moderno, mas essa regulação é sempre posterior aos fatos já validados pelas práticas da biopolítica. Mas, mesmo que a biopolítica seja a instância de validade, e não o poder soberano, depois se articulam a biopolítica e as formas jurídicas tradicionais. Por isso as respostas do Tribunal são respostas velhas para um contexto novo. Como as técnicas biopolíticas são as mesmas em outros países, apesar de o Brasil possuir legislação para tratar desses assuntos, o Direito nacional perde força nesse contexto de diluição das fronteiras de decisão sobre a vida e a morte.

Lembrando a proposta de Axel Gosseries, fica claro que a vida que não alcançar o mínimo de dignidade seria uma vida indigna de ser vivida, indigna de nascer e, então, digna de morrer.

Esta morte “doce” marca o novo momento de politização da vida, o momento de uma eugenia positiva, privada, e não mais praticada pelo Estado. Nesse momento sombrio, inverte-se a ordem vida e morte, para formar o sintagma morte e vida, indicando que os corpos da população são inscritos em uma ordem de poder que enaltece a vida, mas que também a ameaça de morte. Aos corpos indignos resta viver a morte em vida, ou morrer para viver.

Mas ainda seria possível resistir às amarras dessa teia que é o governo neoliberal e biopolítico dos corpos no Ocidente capitalista. Contudo, as respostas mais interessantes dificilmente seriam jurídicas, pois sobre a invenção da liberdade paira o silêncio da lei e dos juristas.

PARTE I**O corpo diante da Lei**

CAPÍTULO 1

Precedentes norte-americanos e o Acórdão Perruche

A Corte de Cassação francesa, ao decidir o *Arrêt Perruche*, Acórdão nº 457, julgado em 17 de novembro de 2000¹⁰, anunciou a emergência do que poderia vir a ser um novo direito: o “direito de não nascer”.

Para problematizar um dos múltiplos sentidos desse acontecimento¹¹ servem de contraste os precedentes jurisprudenciais norte-americanos que tratam das *wrongful death*, *wrongful birth* e *wrongful life actions*¹².

Em 1846, com a promulgação da *Fatal Accidents Act* (Lei de Acidentes Fatais), mais conhecida como *Lord Campbell's Act*, que o Direito norte-americano passou a permitir ao descendente de uma vítima de acidente fatal o direito de pleitear em juízo a reparação de danos causados por conta dessa morte injusta¹³. A partir de então, o direito pessoal de ação em caso de dano por acidente fatal - *wrongful death action* - não mais obedeceria à regra *maxim actio personalis moritur cum persona*¹⁴.

No caso *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*¹⁵, decidido em 1884 pela Corte de Massachusetts, uma mãe processou o Município depois de um aborto “espontâneo”. Um defeito em uma calçada da cidade teria provocado a queda da mãe e, conseqüentemente, danos à vida da criança carregada em seu ventre. Depois do tropeço, a criança nasceu prematura e faleceu em seguida. A

¹⁰ Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa:

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/

Pode, também, ser consultado no *Juris-classeur periodique – la semaine juridique (JCP)*, nº 50, de 13/12/2000, p. 2293.

¹¹ Pensar um acontecimento implica uma opção metodológica por mudar a questão “o que é o direito de não nascer?” pela questão “como aconteceu o direito de não nascer?”. Pensar um acontecimento seria, então, refletir sobre as condições de aparição de algo. Para Michel Foucault, “o acontecimento não é nem substância nem acidente, nem qualidade, nem processo; o acontecimento não é da ordem dos corpos. Entretanto, ele não é imaterial; é sempre no âmbito da materialidade que ele se efetiva, que é efeito; ele possui seu lugar e consiste na relação, coexistência, dispersão, recorte, acumulação, seleção de elementos materiais; não é o ato nem a propriedade de um corpo; produz-se como efeito de e em uma dispersão material. Digamos que a filosofia do acontecimento deveria avançar na direção paradoxal, à primeira vista, de um materialismo do incorporal” (Michel Foucault. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, p. 58).

¹² *Wrongful death action* seria uma ação proposta por conta de uma “morte injusta”, *wrongful birth action* seria uma ação proposta por conta de um “nascimento injusto”, e a *wrongful life action* seria uma ação proposta por conta de uma “vida injusta”. Na França, a ação por *wrongful life* foi chamada de ação por *vie préjudiciable*. Importante mencionar que, para o direito norte-americano, *wrong* tem uma forte conotação de dano, de ilícito, de injusto. Note-se que *wrongfully intending* costuma ser a expressão utilizada para designar malícia, dolo. *Wrongful act* é utilizado, por sua vez, para indicar um ato lesivo, um ato ilícito, um ato injusto. Destaque-se que o objetivo do presente capítulo será identificar um solo epistemológico comum que marca tanto o caso Perruche, como alguns de seus precedentes. Por isso mesmo, optou-se por não aprofundar um estudo de direito comparado, ainda que seja sabido que o direito brasileiro, o direito norte-americano e o direito inglês guardam muitas diferenças entre si, e que o direito continental europeu e o direito anglo-saxão não são apenas diferentes entre si, mas também guardam peculiaridades internas.

¹³ Importante notar que o *Fatal Accidents Act* de 1846 se trata de uma lei, de uma *law*, ou, conforme o vocabulário do direito continental: direito objetivo. Já o direito pessoal de ação criado por essa lei, a *wrongful death action*, seria um *right*, ou, de acordo com a terminologia do direito continental: direito subjetivo.

¹⁴ O direito de ação pessoal (em caso de injúria) morre com a pessoa.

¹⁵ *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*, 1884 (996 P2d 447). Disponível no sítio www.findlaw.com

decisão da Corte considerou que o feto era incapaz de viver fora do ventre materno e, assim sendo, não teria direito pessoal de ação. Desse modo, seria inaceitável uma reclamação sobre essa morte, ainda que injusta. Por fim, não havia tecnologia aplicada à medicina capaz de determinar, no século XIX, se o aborto teria sido resultado de uma causa natural ou de uma ação danosa que mereceria ser indenizada. Seis décadas mais tarde, em 1946, a decisão do caso *Bonbrest v. Kotz*¹⁶ reconheceu o direito de ação por conta dos danos causados *in utero* a um feto. O caso *Bonbrest* é, por isso mesmo, considerado um marco dos *fetal rights* (direitos do feto) no direito norte-americano.

A construção jurisprudencial norte-americana do direito de buscar, em Juízo, a reparação de danos causados injustamente à vida no ventre materno passaria por um momento diferente e ainda mais complexo que o da *wrongful death action*. Dois tipos de ações referem-se às situações litigiosas em que os pais, ou as próprias crianças, buscam uma resposta jurídica diante de um conflito que, a rigor, envolve a vida.

Tal percurso da experiência norte-americana da “judicialização” da vida e que integram dois tipos principais de ações indenizatórias, a *wrongful birth action* e a *wrongful life action*, foi invocado por Jerry Sainte-Rose, que atuou como Advogado Geral junto à Corte de Cassação francesa, ao apresentar suas conclusões sobre o caso da criança Nicolas Perruche:

“Uma vez que os pais agem tanto em nome próprio como em nome de sua criança, cuja deficiência fora descoberta somente após o nascimento, dois tipos de ação devem ser diferenciados mesmo se, na prática, forem ações propostas simultaneamente: uma conduz à indenização do dano aos pais e é chamada de acordo com a terminologia norte-americana de ação por *wrongful birth*, a outra, proposta em nome do menor, ou ação por *wrongful life*, visa reparar o dano correspondente à vida prejudicial que lhe foi destinada a viver”¹⁷.

Em artigo escrito por Wendy Hensel sobre a *wrongful birth action* e a *wrongful life action*, publicado, em 2005, na *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, procurou chamar a atenção para o impacto de ações judiciais propostas nos Estados Unidos por conta de um “nascimento injusto” - *wrongful birth action* - e por conta de uma “vida injusta” - *wrongful life action*.

O texto, intitulado *The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions*¹⁸ (O

¹⁶ *Bonbrest v. Kotz*, 1946 (65 F. Supp. 138). Disponível no sítio www.findlaw.com

¹⁷ Conforme explicitado na primeira nota, todas as referências ao caso Perruche, acórdão nº 457, julgado em 17 de novembro de 2000 pela Corte de Cassação francesa, podem ser consultadas no sítio: www.courdecassation.fr

“*Les parents agissant tant en leur nom personnel qu’au nom de leur enfant dont le handicap n’a été découvert qu’après sa naissance, deux sortes d’actions doivent être distinguées même si, dans la pratique, elles sont exercées simultanément: l’une qui tend à l’indemnisation du préjudice des parents et que la terminologie américaine appelle action en wrongful birth, l’autre intentée pour le compte du mineur ou action en wrongful life et visant à réparer le préjudice correspondant à la vie diminuée qu’il est amené à vivre*”.

¹⁸ Disponível no sítio: www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol40_1/hensel.php

impacto deficiente das ações de nascimento injusto e vida injusta), apresenta uma leitura a respeito de como uma virada na medicina teria permitido, igualmente, uma virada nos processos judiciais.

Assim como Wendy Hensel, Jerry Sainte-Rose parece ter verificado que as novas tecnologias permitem que a medicina não se limite ao domínio da cura, mas situe-se no campo das previsões. Capaz de prever¹⁹ e evitar doenças, a medicina passou a ocupar-se também do futuro, da profecia do que poderia vir a passar com a vida em desenvolvimento²⁰. Essa virada na medicina possibilitou, com base em exames pré-natais e testes genéticos, diagnósticos sobre uma vida que ainda não nasceu²¹. A nova técnica de predição passou, então, a ser um serviço bastante valorizado e requisitado pelos pais, que, desde muito cedo, poderiam optar por evitar uma gestação, por controlar uma gestação (*in vitro* e *in utero*) e até mesmo por desistir dela.

Não por acaso, tal giro na medicina teria provocado em seguida certo giro nos pedidos judiciais de reparação de danos nos Estados Unidos da América do Norte. Wendy Hensel apontou um aumento considerável do número de processos destinados a discutir a frustração dos pais e a eventual responsabilidade dos médicos, sob uma nova perspectiva, nos Tribunais norte-americanos.

O aumento do número de ações judiciais em trâmite nos Tribunais estadunidenses estaria, então, relacionado com o aumento do número de pais-clientes do serviço médico de predição. A falha de um diagnóstico médico acarretaria não apenas a frustração dos pais, mas a perda de uma escolha dos pais. Nessa linha de raciocínio, tudo se passa como se o erro do diagnóstico médico ocasionasse a perda da chance de uma escolha dos pais, o que, por sua vez, seria traduzido pela gramática jurídica como um dano causado aos pais em virtude do erro médico. A discussão sobre tal tese jurídica não tem cessado de exigir dos Tribunais respostas sobre essa recente questão²².

Dessa maneira, as *wrongful birth* e as *wrongful life actions* norte-americanos preparam uma

¹⁹ Bruno Leclerc apresenta a seguinte definição bioética de medicina preditiva: “A expressão ‘medicina preditiva’ designa uma orientação nova da prática e da investigação médicas, que consiste em analisar as predisposições biológicas individuais às diferentes doenças conhecidas e em determinar as probabilidades de aparecimento dessas doenças. Comparativamente à medicina curativa clássica, que diagnostica uma doença activa e a trata em função da evolução dos sintomas patológicos, a medicina preditiva propõe uma intervenção em três fases: estabelecer os parâmetros da ‘identidade biológica’ da pessoa, prever as patologias correspondentes e propor os melhores meios de prevenir essas patologias” (In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da bioética*. Lisboa: Piaget, p. 285).

²⁰ Sobre o tema foi consultada a pesquisa coletiva de Andrea D. Gurmankin; Peter A. Ubel; Elizabeth Banger; Glenn MaGee, intitulada *Aspiring parents, genotypes and phenotypes: the unexamined myth of the perfect baby*, apresentada na *Albany Law Review*, número 4, volume 68, de 2005, p. 1097-1112.

²¹ Hubert Doucet assim explica sua definição bioética de diagnóstico pré-natal: “consiste num conjunto de técnicas que permite estabelecer um diagnóstico preciso de doença genética grave ou fatal num feto. Hoje em dia, este conjunto de técnicas está geralmente associado a uma conduta precisa quando o resultado é positivo: o aborto. Com efeito, na maior parte dos casos em que são detectadas anomalias, estas não são curáveis. O diagnóstico pré-natal baseia-se em várias técnicas sendo as principais a ecografia, a amniocentese, a biópsia do cório e a colheita de sangue fetal” (In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da bioética*. Lisboa: Piaget, p. 130).

²² As *wrongful life actions* alcançaram não só a França, mas também outros países. Dentre os casos mais recentes, cite-se o Acórdão português de 19 de junho de 2001, decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça.

leitura da perda da chance do direito reprodutivo²³ de escolha dos pais, como violação de um direito que merece reparação em dinheiro. Isso porque tal leitura articula a falha da predição médica com a inexecução de um contrato que teria estabelecido lei entre as partes²⁴.

Quando um contrato²⁵ anuncia que deficiências podem ser detectadas, antes mesmo do nascimento de uma criança, ou logo nos primeiros momentos da gestação, um diagnóstico médico equivocado não só frustraria o contrato e a vontade declarada dos pais, mas também implicaria a amputação de um direito dos pais, a perda da chance de uma escolha, a perda da chance de, por exemplo, decidir evitar ou até mesmo interromper a gravidez.

Essa é a perspectiva liberal-econômica da judicialização da vida apresentada tanto pela *wrongful death action* como pelas *wrongful birth* e *wrongful life actions* norte-americanas. Trata-se de uma perspectiva patrimonialista e individualista da judicialização da vida, que situa a resposta jurídica dos Tribunais no campo do direito privado contratual e da responsabilidade civil (direito de danos).

A controvérsia que envolve as ações propostas por conta de um nascimento injusto, *wrongful birth*, e por conta de uma vida injusta, *wrongful life*, começou nos Estados Unidos há, mais ou menos, quarenta anos.

Conforme já antecipado por Jerry Sainte-Rose, uma conjuntura específica permitiu a propositura de ações judiciais em nome dos pais, em nome dos interesses do feto, ou em nome da própria criança. Isso porque a negligência médica estaria vinculada à perda da chance do exercício de um direito dos pais e, também, a certa perda da criança que nasceu obrigada a suportar as falhas, ou a ausência, da técnica médica da predição. Portanto, tudo se passa como se o nascimento da criança fosse considerado, pela própria criança, um fato danoso. Em tais ações, a criança nascida reclamaria exatamente de ter nascido, pois a não-existência seria a alternativa preferencial, a alternativa justa.

²³ Nos termos do § 7.3 da Plataforma da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo, de 1994, os direitos reprodutivos “abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência”.

²⁴ Para o direito continental moderno, um contrato costuma ser definido como acordo de vontades que estabelece os direitos e deveres das partes credora e devedora. No direito anglo-americano, a palavra utilizada para indicar um contrato é *contract*, além de *obligation* (como sinônimo do que o direito continental chama de obrigação, justamente para marcar o vínculo entre as partes credora e devedora). Nessa linha de raciocínio, lembre-se que, para o direito continental, a inexecução de uma obrigação integra o domínio do direito contratual da responsabilidade civil, ou, nos termos do direito anglo-americano, o domínio da *civil liability*. Ainda, a ação ou omissão da qual resulta um dano é chamada, no direito anglo-americano, de *tort* (MELLO, Maria Chaves de. *Law Dictionary*. Rio de Janeiro: Barrister’s, 1984).

²⁵ O contrato tem funções muito importantes na sociedade capitalista: enaltecer a tese novecentista da liberdade de contratar, fruto da ruptura profunda com os vínculos de grupo, de corporação, tão característicos da sociedade medieval; conferir ao indivíduo a “abstrata possibilidade de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas”; e, ainda, significar Justiça como “justiça de cada relação contratual” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 36-37).

Muitas das Cortes norte-americanas que se depararam com tais tipos de ação optaram por aceitar as demandas propostas com base em um nascimento injusto e rejeitar as demandas com base em uma vida injusta. Isso teria ocorrido por conta de uma preocupação humanista com a dádiva da vida, mas também porque seria mais simples decidir a questão da perda da chance parental como um dano em vez de enfrentar a espinhosa questão metafísica da preferência pela não-existência e sua articulação com o Direito, ou com a Justiça.

Essa breve incursão no Direito comparado vem ampliar a referência de Jerry Sainte-Rose aos precedentes norte-americanos, tanto para marcar as semelhanças como para frisar as diferenças em relação à resposta jurídica francesa enunciada no Acórdão Perruche. Desse modo, ainda que as categorias jurídicas utilizadas pelos Tribunais norte-americanos e franceses mudem, tanto o Direito norte-americano como o Direito francês parecem marcados por uma mesma racionalidade²⁶, em que a questão colocada para os juristas não se afasta da seguinte pergunta: quanto vale a vida e quem decide sobre a vida?

A construção do conceito de *wrongful conception action*, de ação por concepção injusta, julgada em 1963, pela Corte de Apelação de Illinois, fornece a primeira pista sobre como o Direito norte-americano enfrentou tal indagação. Nesse caso, conhecido como *Zepeda v. Zepeda*²⁷, um adulto processou seu próprio pai por ter nascido bastardo. Essa *wrongful conception* foi, portanto, resultado de relações sexuais mantidas em troca, e sob a condição, da promessa de casamento feita pelo pai do autor da ação à mãe do autor da ação. Mas a promessa foi quebrada, pois o pai do autor já era casado com outra mulher. Desse modo, a Corte reconheceu o dano sofrido pelo autor, mas rejeitou a ação, não só por temer que outros filhos ilegítimos agissem da mesma maneira, mas por admitir que a ação significaria considerar a vida do autor um dano. Para a análise do Acórdão francês essa conclusão é significativa, pois no *Arrêt Perruche* discute-se o nascimento da criança Nicolas Perruche como o nascimento de uma vida injusta.

Em geral, as ações norte-americanas propostas, posteriormente, por conta de uma concepção injusta ou por gravidez injusta serão movidas pelos pais em face de seus médicos, nos casos em que o

²⁶ Para Michel Foucault, isso poderia ser explicado pela marca da episteme moderna em ambos os sistemas. *Epistemai* seria o solo epistemológico, o *a priori* histórico e geral de um saber. Isso posto, a episteme moderna poderia ser caracterizada por uma relação peculiar entre as palavras e as coisas a marcar tanto o sistema jurídico norte-americano quanto o sistema jurídico francês. Foucault não tratou do Direito, mas exemplificou sua tese com base na atitude diferente do homem em relação à finitude na modernidade: “Sem dúvida, ao nível das aparências, a modernidade começa quando o ser humano começa a existir no interior de seu organismo, na concha de sua cabeça, na armadura de seus membros e em meio a toda nervura de sua fisiologia (...). Porém, mais fundamentalmente, nossa cultura transpôs o limiar a partir do qual reconhecemos nossa modernidade, no dia em que a finitude foi pensada numa referência interminável a si mesma (...) O homem moderno – esse homem determinável em sua existência corporal, laboriosa e falante – só é possível a título de figura da finitude. A cultura moderna pode pensar o homem porque ela pensa o finito a partir dele próprio (...) O homem, na analítica da finitude, é um estranho duplo empírico-transcendental, porque é um ser tal que nele se tomará conhecimento do que torna possível todo conhecimento”. (Michel Foucault. *As palavras e as coisas*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2002, p. 438-439).

²⁷ *Zepeda v. Zepeda*, 1963 (190 NE 2d 849). Disponível no sítio www.findlaw.com

procedimento de esterilização teria sido executado de forma negligente²⁸, a interrupção da gravidez teria sido executada de forma negligente, ou, ainda, teriam sido produzidos e vendidos remédios contraceptivos com defeito de fabricação²⁹.

Nesses casos, as falhas dos médicos e dos fabricantes dos contraceptivos teriam conexão com o nascimento de uma criança saudável, apesar da declaração de vontade dos pais no sentido de evitar o nascimento de uma criança, ou seja: teriam conexão com um nascimento injusto. Em quase todos os casos, as Cortes norte-americanas optaram por respostas patrimonialistas ao conceder a reparação das despesas médicas e do dano emocional associado à gravidez e ao nascimento de uma criança.

Em um segundo momento, a maioria das Cortes norte-americanas optou por rejeitar uma reparação pecuniária equivalente ao custo das despesas com a educação e criação de uma criança até sua idade adulta, como no caso *Custodio v. Bauer*, de 1967. Nessa linha de raciocínio, tudo leva a crer que as Cortes estadunidenses, ainda que reconhecessem o prejuízo causado à mãe, não se sentiam confortáveis em reconhecer a própria vida da criança como um dano. E quando os Tribunais chegaram a recompensar algum prejuízo, alertaram sempre esperar dos pais e dos advogados uma reflexão séria sobre o interesse da criança, particularmente por conta do constrangimento que o processo poderia acarretar.

E em um terceiro momento, de acordo com Wendy Hensel, aproximadamente trinta e um Estados norte-americanos, além do Distrito de Columbia, já reconheceram uma ação proposta em face de um médico por conta do nascimento de uma criança saudável, porém não desejada. Nos últimos quinze anos, em alguns desses processos por nascimento injusto, buscou-se até mesmo a responsabilização do parceiro que afirmou ser infértil³⁰. Entretanto, a maioria das Cortes norte-americanas rechaçou tal tese, pois, como restou decidido no caso *CAM v. RAW*, de 1990, sua admissão faria com que a vida da criança fosse convertida em dano compensável. A admissão de uma queixa como essa levaria, ainda, a um espetáculo em que os pais passariam a declarar em juízo o quanto eles não gostam da criança apenas para alcançar uma reparação de dano lucrativa³¹. Isso obrigou os juízes a alertarem sobre o mal irreparável que os pais poderiam causar ao bem-estar emocional da criança, de uma criança que poderia sentir-se emocionalmente bastarda, conforme a advertência no caso *Moorman v. Walker*, de 1989. Enfim, algumas Cortes concluíram que se tratava de assunto a ser mesmo

²⁸ Foi o que ocorreu no caso *Custodio v. Bauer*, de 1967 (251 CA2d 303). Disponível no sítio www.findlaw.com. A senhora Custodio considerou já ter um número suficiente de filhos de acordo com sua idade. Portanto, buscou auxílio médico para submeter-se a uma cirurgia de esterilização, exatamente com o objetivo de evitar outra gestação. Contudo, uma negligência no desempenho da operação permitiu o nascimento de uma criança (saudável) e causou danos que deveriam ser compensados.

²⁹ O caso *Coleman v. Garrison*, de 1974 (327 A2d 757), é um exemplo em que houve dano decorrente de falha no método anticoncepcional. Disponível no sítio www.findlaw.com.

³⁰ Como no caso *CAM v. RAW*, de 1990 (568 A2d 556), em que o pai da criança indesejada alegou ter passado por uma vasectomia. Disponível no sítio www.findlaw.com.

³¹ Advertência por conta do caso *Moorman v. Walker*, de 1989 (773 P2d 887), em que a mãe da criança indesejada alegou ser infértil. Disponível no sítio www.findlaw.com.

resolvido no campo das políticas públicas, ou via processo legislativo³².

Em outra perspectiva, a criança Jeffrey Gleitman e seus pais, em 1967, processaram o médico que falhou em diagnosticar os males que afetaram a gestação da senhora Gleitman e que fizeram com que Jeffrey nascesse com deficiência.

O mecanismo da representação permitiu aos pais de Jeffrey a propositura de uma ação por *wrongful life* em nome de Jeffrey mesmo, exatamente por ele ter nascido “deficiente”. Ao considerar a ação proposta em nome de Jeffrey, a Suprema Corte de New Jersey declarou que seu processo não dependia do fato de Jeffrey ter nascido com deficiência em vez de ter nascido sem ela, mas sim do fato de que Jeffrey simplesmente não deveria ter nascido. Em outras palavras, Jeffrey figurou como o autor, ainda que por representação, de uma ação que considerou danosa a conduta do médico que teria impedido sua mãe de abortá-lo. Ora, tais características fazem do caso *Gleitman v. Cosgrove*³³ um verdadeiro precedente do caso *Perruche* e a confirmação de uma resposta jurídica patrimonialista.

Note-se que a mãe de Jeffrey havia contraído rubéola logo no início da gravidez e, por preocupar-se em saber se a doença afetaria o desenvolvimento do feto, consultou seu médico. Em um parecer incoerente com o conhecimento ao alcance da comunidade médica da época, o médico da senhora Gleitman afirmou não haver risco, pois a rubéola não macularia o feto e nem seu desenvolvimento. Quando a criança nasceu com “defeitos substanciais”, incapaz de ouvir ou falar, os pais resolveram processar o médico por conta do nascimento injusto (*wrongful birth action*) e, como representantes de Jeffrey, argumentaram também que, se a mãe tivesse sido corretamente informada, ela poderia ter interrompido a gravidez.

Ao avaliar primeiramente o pedido feito em nome da criança, a Suprema Corte de New Jersey ficou completamente confusa. Nos casos tradicionais de negligência médica, o erro nunca havia sido apresentado em conexão com um prejuízo substancial ao pleno desenvolvimento do feto. Diferentemente, nesse caso, a criança ao figurar como autora, ainda que por representação, parece alegar que o dano causado pela negligência médica foi o dano de *be[ing] born to suffer with an impaired body* (dano de ter nascido para sofrer com um corpo deficiente), o que não teria acontecido se sua mãe tivesse sido informada e, conseqüentemente, optado pelo aborto. Mas, ao concluir que seria logicamente impossível *measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence* (medir a diferença entre sua vida com deficiência em relação à completa privação da não existência), a Corte rejeitou a ação por vida injusta proposta em nome de Jeffrey.

³² No Direito norte-americano, a função legislativa está ligada à construção do direito, ao *lawmaking*. De outro lado, a função executiva e, de algum modo, também a função judicial, estão ligadas à realização do direito, ao *law enforcement*. A apropriação estadunidense da teoria (de Montesquieu) sobre a importância do equilíbrio entre os três poderes de uma República ficou conhecida como mecanismo de freios e contrapesos, ou *checks and balances*. Especificamente a respeito do poder Judiciário, note-se que a interpretação da lei pelos juizes confere um caráter vinculante aos precedentes jurisprudenciais, o que se chama de *stare decisis*; note-se, também, que é possível o controle judicial da compatibilidade entre a Constituição e demais normas, o que se chama de *judicial review* (conforme inicialmente delineado em 1803, no caso *Marbury v. Madison*). Disponível no sítio www.findlaw.com

³³ *Gleitman v. Cosgrove*, 1967 (227 A2d 689). Disponível no sítio www.findlaw.com

Curiosamente, a Corte teve mais dificuldade, ainda, em decidir a ação proposta pelos pais em face do médico, por conta do nascimento injusto. A Corte, como já havia feito antes, reconheceu a falha médica no momento do diagnóstico, assim como reconheceu que a mãe perdeu a chance de decidir por interromper a gravidez. Contudo, a Corte recusou-se a considerar digna a atitude de recorrer ao aborto porque: *[i]t is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened* (integra a condição humana perseguir a vida e agarrar-se a ela, ainda que isso seja demasiado oneroso). A conclusão contra o direito de decidir pelo aborto pode ser lida a seguir:

“[Uma] Corte não pode afirmar quais defeitos deveriam impedir que um embrião tenha direito de viver ao ponto de uma negação da oportunidade de impedir a existência de um embrião de uma criança com deficiência sirva como causa da ação. Exemplos de pessoas famosas que alcançaram grandes realizações apesar de defeitos físicos logo nos vem a mente e muitos de nós podemos pensar em exemplos que nos são familiares. Uma criança não precisa ser perfeita para que sua vida valha a pena... A sacralidade de uma única vida humana é o fator decisivo neste processo em que se pede a reparação de danos. Considerações eugênicas³⁴ não são controláveis”³⁵.

É importante notar que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América exerce o relevante papel de uniformizar a jurisprudência no país, ou seja, interpretar as decisões proferidas nos cinquenta sistemas estaduais autônomos, à luz da Constituição Federal. Diante da amplitude e diversidade dessa missão, a judicialização da vida só viria a encontrar um parâmetro nacional, após a decisão do caso *Roe v. Wade*, em 1973³⁶, que passou a permitir o direito de a mulher interromper voluntariamente sua gravidez³⁷, ou, nas palavras de Ronald Dworkin, permitir que se mate deliberadamente um embrião humano em formação³⁸.

Mas não se pode esquecer que tal decisão também pode ser vista como o coroamento da luta

³⁴ Gilbert Hottois e Charles Susanne apresentam a seguinte definição bioética de eugenia: “técnicas que favorecem a reprodução de um gene (eugenia positiva) ou que, pelo contrário, a desfavorecem (eugenia negativa). Na primeira metade do século XX, falava-se em eugenia para designar o conjunto das técnicas que permitam melhorar o patrimônio genético de uma raça. O eugenismo enquanto movimento sociopolítico e ideológico constitui um desvio da eugenia” (In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Lisboa: Piaget, 1993, p. 215). Interessante perceber como a chamada bioética permanece bastante crente no potencial da eugenia positiva e indiferente à vinculação entre vida e capital, posto que utilize com naturalidade a expressão patrimônio genético. Ademais, é importante frisar que a eugenia não teria começado exatamente no século XX.

³⁵ “[A] Court cannot say what defects should prevent an embryo from being allowed life such that denial of the opportunity to terminate the existence of a defective child in embryo can support a cause for action. Examples of famous persons who have had great achievement despite physical defects come readily to mind, and many of us can think of examples close to home. A child need not be perfect to have a worthwhile life... The sanctity of a single human life is the decisive factor in this suit in tort. Eugenic considerations are not controlling”.

³⁶ *Roe v. Wade*, 1973 (410 US 113). Disponível no sítio www.findlaw.com

³⁷ No Brasil, o artigo 128 do Código Penal prevê apenas duas hipóteses em que não se pune o aborto: quando praticado para salvar a vida da gestante e quando a gravidez resultar de um estupro.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003, p. 1.

social das mulheres, tanto pela igualdade quanto pela diferença: igualdade perante a lei e diferença como direito de manifestação singular da identidade feminina³⁹.

Aliás, o fundamento jurídico utilizado pela Suprema Corte norte-americana mostrou que o aborto estaria protegido no espectro de um *right to privacy* (direito à privacidade) garantido pela Constituição, apesar de não expressamente previsto em seu texto, nem mesmo em suas Emendas conhecidas pelo nome de *Bill of Rights* (Declaração de Direitos).

Thomas Jefferson, um dos *Founding Fathers* da República norte-americana, é conhecido por ter sido o terceiro Presidente dos Estados Unidos (1801–1809); principal autor da Declaração de Independência de 1776 e, também, por ter idealizado uma Carta de Direitos que se chamou de *Bill of Rights*. Essa Declaração abarcaria direitos naturais e direitos civis, ou, como dizia Jefferson, *fences against wrong*, que, nos termos de uma carta a Madison, foram definidos da seguinte maneira: *a bill of rights is what the people are entitled to against every government on earth*⁴⁰.

Ora, a Constituição norte-americana foi promulgada em 1787. Em 1791 foram ratificadas as dez primeiras emendas do *Bill of Rights*. Destaque-se que, para assegurar também aos ex-escravos a condição automática de cidadãos, foi preciso propor uma décima quarta Emenda, ratificada somente em 1868, que dispõe o seguinte:

“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado promulgará ou executará nenhuma lei que restrinja os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; tampouco nenhum Estado privará nenhuma pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a nenhuma pessoa sob sua jurisdição a eqüânime proteção legal”⁴¹.

Entretanto, como compreender o direito ao aborto⁴² se este não estava previsto entre os direitos civis consagrados pela Constituição e suas Emendas?

A solução para a criação do direito ao aborto, nos Estados Unidos da América do Norte, partiu de duas determinações negativas a respeito do direito à vida: a primeira considerou que uma criança ainda não nascida não seria plenamente reconhecida como pessoa, diante da lei; a segunda

³⁹ PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: safE, 2005, p.38.

⁴⁰ MAYER, David N. *The constitutional thought of Thomas Jefferson*. Virginia: The University Press of Virginia, 1994, p. 145-146.

⁴¹ “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”.

⁴² Nos termos da definição bioética de Jean-Jacques Amy, aborto é a “expulsão do feto antes de este estar suficientemente desenvolvido para sobreviver fora do útero” (In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Lisboa: Piaget, 1993, p. 21).

considerou que o Judiciário não precisaria resolver o difícil problema de determinar o momento biológico de início da vida.

Lembre-se que a décima quarta Emenda à Constituição norte-americana prevê que nenhum Estado deve *deprive any person of life, liberty, or property without due process of law* (privar pessoa alguma de sua vida, liberdade ou propriedade sem o respeito ao devido processo legal). Logo, se uma criança ainda não nascida fosse considerada pessoa, seu direito à vida estaria sob a proteção da décima quarta Emenda à Constituição norte-americana. Por isso mesmo, a Suprema Corte se valeu do artifício de não tratar o feto como pessoa para o Direito, como “pessoa constitucional”. De outro lado, a Suprema Corte optou por estabelecer um limite a ser observado, para que o aborto fosse considerado legal; se praticado até os três primeiros meses de gravidez.

A categoria jurídica “pessoa constitucional” seria um pressuposto exigido pela décima quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, para o pleno gozo dos direitos ali previstos. Ademais, pessoa seria um conceito utilizado apenas para a criança que nasceu com vida, mas não para o feto que ainda irá nascer. Apesar de o feto possuir interesses que merecem proteção jurídica, a vida só começaria legalmente com o nascimento. Antes do nascimento, até os três primeiros meses de gravidez, a decisão de abortar poderia ser tomada pela mãe e por seu médico. A partir do quarto mês, o Estado poderia regular o direito de aborto, desde que respeitasse a proteção à saúde materna. Por fim, a partir do momento em que o feto é viável, ou seja, capaz de sobreviver fora do útero materno, o Estado poderia até mesmo proibir o direito de aborto, desde que fossem respeitadas a saúde e a vida da mãe (ou seja, em caso de conflito com a vida da mãe o aborto deve ser permitido).

Assim sendo, somente após a decisão do caso *Roe v. Wade* a preocupação com o direito à vida da criança não nascida foi abandonada. Antes de 1973, o sistema jurídico norte-americano não era claro a respeito da proteção do direito à vida do feto, o que permitiu as mais diferentes decisões por parte das Cortes estaduais. Após 1973, com a reorientação da questão da decisão sobre a vida nos Estados Unidos, o direito ao aborto passou a integrar a esfera da *privacy* da mulher. Nesse momento, a solução para o conflito entre vida humana e pessoa humana veio com a resposta jurídica. Seguramente, o fundamento dessa solução passou por uma mediação da definição filosófica de pessoa e de um critério a partir do qual as observações biológicas assumiriam significado ético. Portanto, mesmo que correntes substancialistas defendessem a humanidade do embrião, desde sua origem, a Suprema Corte norte-americana optou por considerar o embrião uma forma de vida biológica a qual não se deve conferir a qualidade de pessoa. Desse modo, buscou-se atenuar o dilema do aborto, pois a vida em questão não seria uma vida qualificada como vida de uma pessoa humana, mas uma vida meramente natural, biológica⁴³.

Para se analisar a inscrição do direito ao aborto, na esfera da *privacy*, é necessário reformar as origens dessa construção jurídica desde o artigo escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis,

⁴³ Assim notou Bernard Keating, ao tratar do verbete “vida humana” sob uma perspectiva bioética. (In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Lisboa: Piaget, 1993, p. 372-373).

publicado na *Harvard Law Review*, de 15 de dezembro de 1890, com o título *The right to privacy*⁴⁴ (O direito à privacidade), foi recuperada a definição do Juiz Cooley sobre *privacy* como *the right to be let alone* (o direito de ficar sozinho):

“Mudanças políticas, sociais e econômicas implicam o reconhecimento de novos direitos, e o direito consuetudinário, em sua eterna juventude, cresce para encontrar as novas demandas da sociedade. (...) Gradualmente, o escopo desses direitos legais são ampliados; e agora o direito à vida tornou-se o direito a gozar a vida, - o direito de ficar sozinho; o direito à liberdade garante o exercício de extensivos privilégios civis; e o termo ‘propriedade’ cresceu de forma a compreender qualquer forma de posse - intangível, assim como tangível”⁴⁵.

De acordo com tal linha de raciocínio, a jurisprudência norte-americana permitiu que categorias jurídicas antigas ganhassem novas facetas. Foi exatamente, assim, que *privacy* passou a se referir aos diferentes riscos aos quais estaria exposta a vida privada. Esses novos “agenciamentos” permitiram que o objeto do *right to privacy* fosse polimorfo, pois passou a integrar não apenas o direito de ficar só, mas também a inviolabilidade do domicílio⁴⁶, o necessário segredo das cartas, o direito ao corpo⁴⁷, e, mais tarde, a liberdade de certas escolhas subjetivas, como a de decidir interromper a gravidez ou realizar o aborto.

A decisão do caso *Griswold v. Connecticut*⁴⁸, em 1965, permitiu que a Suprema Corte declarasse inconstitucional uma lei de 1879 do Estado de Connecticut. A lei proibia o uso de *any drug, medicinal article or instrument for the purpose of preventing conception* (toda droga, medicamento ou instrumento para o propósito de prevenção da concepção). Na ocasião, a Suprema Corte elaborou o seguinte raciocínio:

⁴⁴ Publicado no volume IV, nº 5, em 15 de dezembro de 1890.

Disponível no sítio: http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html

⁴⁵ “Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the new demands of society. (...) Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, - the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term ‘property’ has grown to comprise every form of possession - intangible, as well as tangible”.

⁴⁶ *Boyd v. United States*, 1886 (116 US 616, 630). Disponível no sítio www.findlaw.com

⁴⁷ *Union Pacific Ry. Co. v. Botsford*, 1891 (141 US 250). Disponível no sítio www.findlaw.com

⁴⁸ *Griswold v. Connecticut*, 1965 (381 US 479). Disponível no sítio www.findlaw.com

A decisão da Suprema Corte explicitou os fundamentos constitucionais da sombra de proteção da privacidade: “Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment, in its prohibition against the quartering of soldiers ‘in any house’ in time of peace without the consent of the owner, is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the ‘right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures’. The Fifth Amendment, in its Self-Incrimination Clause, enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: ‘The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people’”.

“O presente caso, então, diz respeito à zona da privacidade criada por uma série de garantias constitucionais. E diz respeito a uma lei que, ao proibir o uso de contraceptivos em vez de regular sua manufatura ou venda, busca atingir seus objetivos pelos meios de máximo impacto destrutivo (...). Tal lei não pode estar à luz do conhecido princípio, tantas vezes aplicado por esta Corte, segundo o qual ‘um propósito governamental de controlar ou prevenir alguma ação constitucionalmente submetida à regulação do Estado não pode ser cumprida por meios que barrem e desnecessariamente invadam a área das liberdades protegidas’”⁴⁹.

A partir de então foi aberto o caminho para a decisão de *Roe v. Wade*, ocasião em que a Suprema Corte, finalmente, declarou que: “o direito constitucional à privacidade é amplo o bastante para abranger a decisão da mulher de terminar ou não com uma gravidez, mas o direito da mulher de terminar com uma gravidez não é absoluto uma vez que o Estado pode apropriadamente impor interesses importantes na proteção da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção de uma vida potencial”⁵⁰.

A conquista do direito ao aborto foi celebrada pelo grupo *pro-Roe*, ou *pro-choice*, como são chamados os cidadãos norte-americanos favoráveis ao direito de decidir pela interrupção, ou não, da gravidez. Mas, de outro lado, está o grupo *anti-Roe*, ou *pro-life*, contrário ao direito de abortar como direito protegido pela esfera da privacidade, pois tal permissão termina com um consenso social a respeito da sacralidade da vida, optando pela preferência pela vida em relação à não-existência.

Depois de *Roe*, alguns movimentos sociais decidem facilitar o acesso ao aborto, abrindo e mantendo clínicas médicas, o que causou espanto entre aqueles que consideram o abortamento homicídio. Mas foi, exatamente, o que fez o movimento em defesa do planejamento familiar denominado *Planned Parenthood* e também o movimento feminista chamado *National Abortion Rights Action League – NARAL*. Esses exemplos de luta política, por um autêntico acesso ao aborto, anunciam uma virada da privacidade à liberdade, como fundamento constitucional do direito de interrupção voluntária da gravidez.

Depois de muitas críticas à sentença de *Roe v. Wade*⁵¹, a Suprema Corte dos Estados Unidos,

⁴⁹ “The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees. And it concerns a law which, in forbidding the use of contraceptives rather than regulating their manufacture or sale, seeks to achieve its goals by means having a maximum destructive impact upon that relationship. Such a law cannot stand in light of the familiar principle, so often applied by this Court, that a ‘governmental purpose to control or prevent activities constitutionally subject to state regulation may not be achieved by means which sweep unnecessarily broadly and thereby invade the area of protected freedoms’”. Disponível no sítio www.findlaw.com

⁵⁰ “Constitutional right to privacy is broad enough to encompass woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy, but the woman’s right to terminate pregnancy is not absolute since state may properly assert important interests in safeguarding health, in maintaining medical standards and in protecting potential life”. Disponível no sítio www.findlaw.com

⁵¹ Sobre o que Ronald Dworkin chamou de pressão conservadora contra a decisão *Roe v. Wade* pode-se ler o capítulo “*Roe em perigo*”, da obra “O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana” (DWORKIN, Ronald. *O*

em uma decisão por cinco votos contra quatro, no caso *Planned Parenthood v. Casey*⁵², de 1992, reafirmou os argumentos centrais da sentença de 1973, ao mesmo tempo em que redefiniu a base de sustentação do direito ao aborto.

Ronald Dworkin, em seu comentário sobre *Planned Parenthood v. Casey*, assim resumiu os fundamentos da decisão:

“A decisão *Casey* versou sobre a Lei de Controle do Aborto adotada pela Pensilvânia em 1982. Entre outras coisas, a lei determina aos médicos que forneçam informações específicas às mulheres que pensam em fazer aborto, proíbe-os de fazer o aborto sem esperar vinte e quatro horas depois de a paciente receber as informações em questão, exige o consentimento dos pais para o aborto de uma menina adolescente (embora os juízes tenham a possibilidade de determinar que a menina já é madura o suficiente para tomar sua própria decisão) e exige das mulheres casadas que notifiquem seus maridos antes de abortar. Cinco clínicas de aborto e um médico abortista pediram na justiça uma declaração de inconstitucionalidade da lei por violar *Roe v. Wade*. O Tribunal Federal Distrital do Distrito Leste de Filadélfia concordou que a lei é inconstitucional e suspendeu todos os dispositivos dos quais os queixosos reclamavam. Mas o Terceiro Tribunal Itinerante de Apelações reverteu substancialmente a decisão do Tribunal Distrital... Ambas as partes apelaram para a Suprema Corte”⁵³.

Ora, no caso *Planned Parenthood v. Casey*, o que estava em questão era um conflito de interesses do Estado e do indivíduo na decisão sobre a vida. Por isso mesmo, a Suprema Corte deixou de situar o aborto no contexto do *right to privacy*, e passou a localizá-lo no contexto da liberdade, garantida mais explicitamente pela décima quarta Emenda à Constituição norte-americana.

Em outro caso norte-americano de decisão sobre o começo e fim da vida, juízes foram convocados para declarar a morte legal de um recém-nascido de oito meses, para que seus órgãos pudessem ser doados. Ocorre que a regra geral para os transplantes nos Estados Unidos obriga que os órgãos sejam obtidos sempre de pessoas mortas. Mais adiante, no caso norte-americano *In re TACP*⁵⁴, também conhecido como *the baby Theresa case*, os pais de um feto anencéfalo recém-nascido pediram que a bebê Theresa fosse declarada morta pela Corte da Flórida, a fim de que seus órgãos pudessem ser doados. Apesar de ser baixíssima a expectativa de vida extra-uterina do feto anencéfalo, a definição legal de morte na Flórida elegeu como critério o fim da atividade cardio-pulmonar, de modo que o pedido dos pais não foi atendido. A Suprema Corte da Flórida entendeu que a criança não estaria morta de acordo com a definição aplicável no Estado. Theresa, apesar de ter nascido com anencefalia,

direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 67-92).

⁵² *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 1992 (505 US 833). Disponível no sítio www.findlaw.com

⁵³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 192.

⁵⁴ *In re TACP*, 1992 (609 So2d 588). Disponível no sítio www.findlaw.com

respirava e seu coração batia normalmente. Por fim, as divergências encontradas na literatura médica a respeito da efetividade da técnica de doação de órgãos de um feto anencéfalo vivo fizeram com que a Corte decidisse não haver necessidade pública de criação judicial de um novo critério de morte.

Cabe, ainda, apresentar um último caso norte-americano de judicialização da vida, um caso em que uma pessoa pede ao Estado que a deixe morrer. Com base na decisão da Suprema Corte no caso *Planned Parenthood v. Casey*, a Nona Circunscrição Judiciária da Corte de Apelação, no caso *Compassion in Dying v. State of Washington*⁵⁵, decidiu que a liberdade de determinação do tempo e da maneira da morte de um indivíduo trata-se de um direito constitucional. Logo a décima quarta Emenda à Constituição garantiria a liberdade de um paciente mentalmente capaz, mas doente terminal, optar pelo suicídio assistido por um médico.

Interessante a observação da Corte sobre a semelhança entre direito de morrer e direito de aborto:

“Ao examinar quando a liberdade de interesse existe para determinar o tempo e a maneira da morte de um indivíduo, começamos com convincentes similaridades entre os casos sobre o direito de morrer e sobre o direito ao aborto. Em ambos, a força relativa dos interesses competentes variam conforme circunstâncias físicas, médicas, entre outras. Nos casos sobre o direito de morrer o produto do teste de balanço pode variar de acordo com o ciclo de vida a medida em que a condição física ou médica da pessoa deteriora, como nos casos de aborto a permissividade da rígida legislação estatal pode variar de acordo com a progressão da gravidez. Igualmente importantes, os dois tipos de casos levantam questões sobre a vida e a morte... Os dois casos apresentam também questões básicas sobre o direito do indivíduo decidir”.⁵⁶

Assim sendo, a interpretação do direito ao aborto como decisão individual protegida pelo contexto da liberdade garantida pela Constituição em *Casey* foi ampliada para abarcar também o direito de morrer:

“A decisão de como e quando morrer é uma ‘das mais íntimas e pessoais escolhas que uma pessoa pode fazer em sua vida’, uma escolha ‘central para a dignidade e autonomia da pessoa’. Um adulto capaz e doente terminal que viveu grande parte de sua vida tem um forte

⁵⁵ *Compassion in Dying v. State of Washington*, 1996 (79 F3d 790). Disponível no sítio www.findlaw.com

⁵⁶ “In examining whether a liberty interest exists in determining the time and manner of one's death, we begin with the compelling similarities between right-to-die cases and abortion cases. In the former as in the latter, the relative strength of the competing interests changes as physical, medical, or related circumstances vary. In right-to-die cases the outcome of the balancing test may differ at different points along the life cycle as a person's physical or medical condition deteriorates, just as in abortion cases the permissibility of restrictive state legislation may vary with the progression of the pregnancy. Equally important, both types of cases raise issues of life and death... Both also present basic questions about an individual's right of choice”. Disponível no sítio www.findlaw.com

interesse de liberdade em escolher uma morte digna e humana em vez de ser reduzido ao fim de sua existência a um estado infantil em que já não pode ser ajudado...⁵⁷.

A Nona Circunscrição Judiciária da Corte de Apelação em *Compassion in Dying* parece ter deixado claro que, apesar de a proteção da vida tratar-se de uma das funções mais importantes do Estado, na situação em apreço o interesse estatal seria menor, pois a pessoa a ser protegida se encontrava gravemente doente e, por isso mesmo, desejava morrer.

Logo, quando um paciente não é mais capaz de perseguir sua liberdade nem sua felicidade, quando lhe falta o desejo de viver e seu futuro parece um retorno ao estado infantil, que não comporte tratamento, o interesse em questão é individual, e o direito à vida não poderia ser transformado em obrigação imposta pelo poder público. Aqui aproximam-se os modelos norte-americano e europeu, os modelos da liberdade da pessoa sobre seu corpo e do direito subjetivo da personalidade de um sujeito de direito sobre o próprio corpo.

Finalmente, após essa trajetória de análise de algumas sentenças prolatadas por Cortes norte-americanas, parece que a décima quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos apresenta compromissos que podem entrar em conflito, como no caso do direito à vida e à liberdade. Esses problemas ocuparam os juristas e obtiveram diferentes tratamentos, com destaque para a distância que marca o Direito inglês e o Direito norte-americano do Direito Continental Europeu (que, por sua vez, foi o modelo a exercer maior influência sobre o Direito brasileiro).

As decisões destacadas demonstraram que, nesse momento em que o interesse do indivíduo em ver reconhecido seu direito à liberdade colide com o interesse estatal em proteger o direito à vida, o Direito é invocado para dar uma resposta.

Por fim, quando a decisão sobre a vida está em questão, o parâmetro que parece vitorioso é o liberal-econômico. A perspectiva individualista e patrimonialista orientou tanto a *wrongful death action*, quanto as *wrongful birth* e *wrongful life actions*, além dos casos sobre aborto e eutanásia. Contra um discurso vitalista, estatista e moralista, vem sendo afirmado pela jurisprudência norte-americana um discurso liberal, individualista e patrimonialista. Nesse passo, a liberdade pode ser entendida como independência, como capacidade de uma pessoa escolher o modo de proteção de seu direito à vida. Contudo, um olhar crítico percebe essa liberdade como mediada pelo Estado e por outros atores, como os médicos. Além disso, o desejo de afirmação radical da singularidade individual talvez mine o solo comum à humanidade do homem.

Enfim, lembrando a decisão de *Casey*, parece muito evidente a opção pela manutenção da centralidade do interesse individual como parâmetro para a resposta jurídica. Ao mesmo passo, tal

⁵⁷ “The decision how and when to die is one of ‘the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime’, a choice ‘central to personal dignity and autonomy’. A competent terminally ill adult, having lived nearly the full measure of his life, has a strong liberty interest in choosing a dignified and humane death rather than being reduced at the end of his existence to a childlike state of helplessness...”. Disponível no sítio www.findlaw.com

sentença iniciou certo deslocamento da centralidade do interesse estatal na proteção da vida durante seus estágios mais vulneráveis. Isso porque, na decisão do caso *Casey*, o poder de deliberar sobre a vida antes do nascimento foi transferido ao indivíduo.

A decisão sobre a vida deixou de ser consensual e parecia alojada numa encruzilhada entre o Estado e o indivíduo, entre o que parecia ser a rigidez moral das leis estatais e a permissividade da autonomia da vontade individual. Assim sendo, uma opção pela segunda fórmula, ao mesmo tempo em que incrementa o poder jurídico do indivíduo e amplia sua independência, abre portas para que o direito à vida seja definido em termos tão particulares que se aproximem de um utilitarismo, de uma perspectiva meramente econômica. Até o momento, a análise dos precedentes judiciais norte-americanos parece reforçar essa tendência, o que faz com que, em geral, a judicialização da vida esteja orientada fortemente por uma abordagem liberal-econômica, por uma compreensão da vida como vida eficaz. Tal perspectiva, já anunciada pelos pedidos de reparação de danos nas *wrongful life actions*, parece mesmo vitoriosa no direito estadunidense.

Ocorre que o modelo norte-americano também exerce uma influência para além das Américas. As ações por nascimento e por vida injustos, bem como muitos dos critérios e categorias utilizados pelas Cortes norte-americanas para uma fundamentação de suas respostas jurídicas, não apareceram apenas nos Estados Unidos, alcançando outros países, mesmo aqueles que não são herdeiros da cultura jurídica anglo-saxã (chamada de *Common Law*, em virtude da centralidade da jurisprudência).

No Brasil, situado entre a tradição da *Common Law* (Direito Consuetudinário Anglo-Saxão) e da *Civil Law* (Direito Continental Europeu), essas decisões sobre a vida sofrem os influxos das novas tecnologias da saúde. Por isso mesmo, a manutenção da gestação de um feto com anencefalia foi questionada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8, em que se pediu, resumidamente, a descriminalização da antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal está para decidir, também, se a proibição do aborto pelo Código Penal brasileiro abarca o diagnóstico de anencefalia fetal.

O Parecer nº 1444-25/1983 do Conselho de Medicina serviu de fundamentação do Relatório elaborado pelo médico Pedro A. Azevedo Marque, aprovado na 1127ª reunião plenária, em 29 de janeiro de 1985, quando foi definido que a constatação de anencefalia - anomalia fetal incompatível com a vida - não tem amparo legal que permita a prática de abortamento. Por sua vez, o Parecer do Conselho de Medicina nº 8905/1998, aprovado na 2071ª reunião plenária, em 10 de fevereiro de 1998, definiu que a interromper a gravidez ou dar continuidade a ela para doar os órgãos de um bebê anencéfalo se trata de uma decisão do casal que merece todo o respeito e acolhida possíveis. Nesse sentido, a Resolução nº 1752/2004 do Conselho de Medicina optou por considerar os fetos anencéfalos natimortos cerebrais. Como o critério de morte exigido pela Lei nº 9434, de 04 de fevereiro de 1997 –

a lei de transplantes e doação de órgãos –, é o de morte encefálica⁵⁸, passou a ser admitida a doação solidária dos órgãos do feto anencéfalo no Brasil.

Ainda assim foi preciso a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, em 17 de Junho de 2004, formalizar Ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal pedindo a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, como impeditiva da antecipação terapêutica do parto, em casos de gravidez de feto anencefálico. O diagnóstico deve ser feito por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial, ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Desse modo, quando o Direito Penal pune o aborto, está, efetivamente, punindo a frustração da expectativa potencial de surgimento de uma pessoa. Por isso mesmo, o crime de aborto é contra uma futura pessoa – nesse ponto reside a sua virtualidade – não porque o Código Penal tenha atribuído o *status* de pessoa ao feto – ou que o Código Civil atribuiu tal *status* –, “mas porque o feto contém a energia genética para, em um futuro próximo, constituir uma realidade jurídica distinta de seus pais”⁵⁹.

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

“Há dois tipos de inviabilidade fetal. Primeiro, a *inviabilidade ordinária*, que decorre da prematuridade; segundo, a *inviabilidade extraordinária*, que decorre de má formação fetal incompatível com a vida, como a anencefalia. O feto prematuro tem um defeito temporário, ou seja, uma deficiência de maturidade que o tempo corrige a cada instante. Trata-se, portanto, de uma inviabilidade momentânea. O feto inviável por má formação incompatível com a vida tem um defeito patológico – falta-lhe vitalidade – sobre o qual o decurso do tempo não produz qualquer alteração. O feto anencéfalo, por exemplo, não deixa de ser anencéfalo e não sobreviverá ainda que a gravidez dure um ano e 24 dias. Não há ganho de vitabilidade na manutenção da gravidez de feto inviável por má formação. (...) A denominação *antecipação terapêutica de parto* é a mais indicada nos casos de interrupção de gravidez de feto com anomalia fetal. Optamos por essa denominação porque a antecipação de parto, nesses casos, além de ser penalmente atípica, apresenta uma garantia à saúde mental da mulher, sem prejuízo de também afastar o perigo permanente de dano à sua saúde física e à sua vida,

⁵⁸ Assim como parece impossível definir quando a vida se inicia, parece igualmente complicado determinar quando ela se acaba. Por isso mesmo, cada sociedade procurou estabelecer critérios de constatação da morte, critérios esses progressivamente “medicalizados”. No Brasil, o artigo 3º da Lei nº 9434/97 optou pelo critério da morte cerebral: “Art. 3º - A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”. Percebe-se, desse modo, que existe um poder médico e a extensão desse poder leva a certa “medicalização” da existência: uma “medicalização” não só da vida, mas também da morte.

⁵⁹ In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 98.

conforme posição do Conselho Federal de Medicina. Perante o Ministério Público, o CFM afirma que a continuidade da gestação de um feto anencéfalo torna-se um risco desnecessário e gera a indicação de interrupção, mesmo que o risco não seja iminente”⁶⁰.

No mesmo sentido, caminhou a decisão monocrática do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Melo, que, em sede de Medida Cautelar, nos Autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 do Distrito Federal, autorizou o aborto de feto anencefálico:

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

Pensando a liberdade e autonomia do sujeito, a partir da experiência brasileira, tem-se que a autodeterminação apresenta-se como limite à liberdade e autonomia dos outros sujeitos, ao mesmo tempo em que marca a subordinação do indivíduo ao Estado. Assim sendo, a função dos juízes passaria exatamente por conciliar essas liberdades antagônicas dos cidadãos em um Estado secularizado, levando em consideração as razões biológicas e de Estado, o interesse comum, a vontade individual e o saber médico.

O caso *Perruche* seria, por seu turno, o exemplo francês de uma *wrongful life action*, de uma ação por vida injusta que exigiu dos Tribunais uma resposta coerente com a cultura jurídica romano-germânica (denominada de *Civil Law*, em virtude da centralidade da lei escrita).

As conclusões do Advogado Geral no caso *Perruche*, Jerry Sainte-Rose, apontaram exatamente essa semelhança com o caso norte-americano *Gleitman v. Cosgrove*. Essa aproximação de uma *wrongful life action* francesa com uma *wrongful life action* norte-americana. Essa aproximação, mais que a adaptação do Direito à evolução das ciências médicas teria permitido certa virada também nos processos judiciais franceses: “De vinte anos para cá, a conjunção do progresso das ciências

⁶⁰ In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 137-139.

biomédicas e dos dispositivos legais que favorecem a técnica de reprodução humana fez com que aparecessem novas hipóteses de responsabilidade médica e hospitalar que colocam os juristas frente a escolhas cruciais”.

Essa constatação de Jerry Sainte-Rose parece uma referência à judicialização da vida humana na França como um caso contencioso em que o nascimento de uma criança não desejada, ou o advento de uma vida que não respondeu às expectativas de seus geradores nem o prognóstico médico, provoca um prejuízo, um dano que poderia ter sido evitado e que, exatamente por não ter sido evitado, mereceria ser ao menos reparado⁶¹.

É a partir desse momento que se pode pensar a eutanásia e o aborto como vinculados aos diagnósticos médicos preditivos. Assim sendo, o nascimento de uma vida injusta, de acordo com a terminologia técnica francesa, permite a propositura de uma ação por *wrongful life*, pois haveria possibilidade para se sustentar um direito subjetivo positivo da personalidade de titularidade da criança que nasceu, ainda que ela mesma não possa manifestar sua vontade para a Corte.

Enfim, uma identidade entre os precedentes norte-americanos e o Acórdão Perruche parece ser exatamente essa proximidade guardada entre aborto e eutanásia, que para Ronald Dworkin “significa matar deliberadamente uma pessoa por razões de benevolência”⁶². Isso porque o erro médico do qual reclamou Nicolas Perruche ocasionou a perda da chance do direito ao aborto de sua mãe, Josette Perruche, ou, dito de outro modo, ocasionou a perda da chance de o próprio Nicolas Perruche ver respeitado um direito seu, um direito subjetivo, positivo, da personalidade, o direito que deveria impor aos pais e aos médicos a execução de uma “eutanásia pré-natal”.

CAPÍTULO 2

Acórdão Perruche e a resposta jurídica da reparação de danos

Quinze anos após o precedente norte-americano *Gleitman v. Cosgrove*, em 17 de abril de 1982, um médico examinou a filha de quatro anos de um casal francês e constatou erupções cutâneas conseqüentes de rubéola na criança. Os mesmos sintomas foram encontrados também na mãe, dia 10

⁶¹ “*Depuis une vingtaine d’années, la conjonction des progrès des sciences biomédicales et des dispositifs législatifs favorisant la maîtrise de la reproduction humaine a fait apparaître de nouvelles hypothèses de responsabilité médicale et hospitalière qui placent les juristes devant des choix cruciaux. On assiste, en effet, à la montée d’un contentieux indemnitaire lié à la naissance d’un enfant non désiré ou qui cesse de l’être car, en raison de son état de santé, il ne répond plus à l’attente de ses parents. Ceux-ci considèrent cette naissance, médicalement assistée, comme un préjudice dès lors qu’elle aurait pu ou dû être évitée*”.

⁶² DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003, p. 1.

de maio.

Como foi levantada a probabilidade de gravidez da senhora Josette Perruche, o médico prescreveu um exame laboratorial com o objetivo de verificar se o feto havia contraído infecção intra-uterina. Concomitantemente, a senhora Perruche manifestou claramente a intenção de interromper a gravidez caso fosse detectada a rubéola, pois se trata de doença infecto-contagiosa que, como visto, provoca graves danos ao feto (síndrome de Gregg)⁶³.

A interrupção voluntária da gravidez é permitida pela legislação francesa desde 17 de janeiro de 1975, pela chamada *Loi Veil*⁶⁴. Há, inclusive, manifestação do Conselho de Estado sobre a compatibilidade entre essa Lei, que passou a incorporar o Código Sanitário Francês, e a Convenção Européia de Direitos Humanos, bem como entre a *Loi Veil* e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A própria *Cour de justice des Communautés Européennes* reconheceu ser o aborto regido pelos dispositivos relativos à *liberté des services*.

No caso Perruche, para saber se haveria a necessidade de optar pela interrupção voluntária da gravidez, foi feito o primeiro exame laboratorial dia 12 de maio de 1985, que acusou resultado negativo, ou seja, indicou ausência de anticorpos do vírus da rubéola. Ocorre que, quinze dias mais tarde, um novo exame foi realizado, dessa vez com resultado positivo, em que foi acusada a presença de anticorpos do vírus da rubéola.

Como os resultados foram contraditórios, o laboratório realizou novo exame, concluindo, enfim, o seguinte: resultado positivo, o que mostraria suposta imunização da mãe, de modo que os resultados contraditórios do exame poderiam ser explicados por uma manifestação antiga e despercebida da rubéola em algum momento pretérito da vida de Josette Perruche. Tranqüilizada, a mãe decide dar continuidade à gestação.

Em 14 de janeiro de 1983 nasce Nicolas Perruche. Um ano mais tarde Nicolas manifestou graves problemas neurológicos, entre outras seqüelas: surdez, cegueira, cardiopatias e deficiência intelectual, conseqüentes, ao que tudo indicava, da síndrome de Gregg contraída durante a vida intra-uterina.

Um laudo pericial de 13 de setembro de 1988 confirmou que as deficiências de Nicolas foram causadas em razão da rubéola congênita. Em seguida, Nicolas Perruche, representado por seus pais, e,

⁶³ A síndrome de Gregg, ou da rubéola congênita, ocorre quando o feto é infectado pelo vírus da rubéola no primeiro trimestre de gravidez. Como os órgãos do feto se formam entre a segunda e a sexta semanas após a concepção, a infecção se apresenta perigosíssima para o feto durante esse período. Por esse motivo, quanto mais cedo o feto adquire a infecção, mais seqüelas e complicações poderão aparecer. Isso pode até evoluir para um quadro clínico muito grave, caracterizado por problemas oculares, auditivos, cardíacos e neurológicos. O bebê portador de rubéola congênita deve permanecer afastado, especialmente, de gestantes, até pelo menos um ano de idade, por ser fonte de infecção (pela nasofaringe e urina). Se uma gestante é diagnosticada com rubéola, não existe nenhuma terapia medicamentosa que evite a infecção fetal, restando esperar pelo nascimento da criança para saber quais foram exatamente as conseqüências. Importante ressaltar que, no Brasil, a interrupção da gravidez em caso de anomalia fetal por conta da síndrome de Gregg não é permitida. O Código Penal só admite o aborto, praticado por médico, nas seguintes circunstâncias: se não houver outro meio de salvar a vida da gestante; se a gravidez resultar de estupro; se a gestante for incapaz.

⁶⁴ Referência ao nome da Ministra da Saúde da época, Simone Veil.

o que chama atenção, acompanhado pela “Caixa Primária de Seguro-Doença”, a CPAM de Yonne⁶⁵, ou *Caisse Primaire d'Assurance Maladie*, figurou como autora de uma ação judicial em face do médico familiar e do laboratório medical de Yerres, bem como em face de seus respectivos representantes: o MACSF⁶⁶, corpo sanitário francês, e a Associação farmacêutica MDP.

O fundamento jurídico do pedido de reparação de danos foi a perda da chance de exercício, por parte da mãe de Nicolas Perruche, do direito à interrupção voluntária da gravidez, conforme declarado ao médico na ocasião do exame pré-natal.

Tal argumento foi repetido como fundamento da petição anexa protocolada pela CPAM de Yonne, com o objetivo de exigir reparação dos gastos excessivos com o tratamento de uma criança que não deveria ter nascido. A CPAM teria acumulado despesas na ordem dos cinco milhões de francos, desde o nascimento de Nicolas Perruche. Mas é significativo observar que a CPAM, que representa uma visão de solidariedade, ou, ao menos de coletivização do risco, venha requerer uma individualização das despesas⁶⁷.

Para além de uma problematização do olhar jurídico sobre tal tese, é possível realizar a escuta de quem não pode falar por ser infante. *Infans* é exatamente a palavra de origem latina para criança e também para aquele que é incapaz de falar. Trata-se, portanto, de pensar sobre o grito surdo de um corpo presente diante da lei.

Para tanto, é preciso começar com a seguinte constatação: a mais alta Corte francesa admitiu que uma criança com deficiência figurasse como autora de uma ação judicial, representada por seus pais e em comunhão de idéias com a CPAM de Yonne, para exigir a reparação dos danos causados exatamente por ela ter nascido deficiente em vez de ter sido abortada. É nesse passo que a decisão da Corte de Cassação francesa, que permitiu a compensação do dano causado pela inexecução do contrato celebrado entre a mãe de Nicolas Perruche e seus médicos, poderia ser lida como a sentença que

⁶⁵ Trata-se de uma caixa pública de assistência à saúde. Criada após a Segunda Guerra Mundial, em 1946, pelo presidente francês Charles de Gaulle, a CPAM, *Caisse Primaire d'Assurance Maladie*, constitui parte do fundo social francês destinado a reembolsar os gastos da população com despesas médicas. A Constituição francesa de 1946 assim a define, em seu artigo primeiro: “É instituída uma organização da Seguridade social destinada a garantir aos trabalhadores e a suas famílias proteção contra riscos de toda natureza suscetíveis de reduzir ou suprimir suas capacidades de ganho, cobrindo suas despesas com a maternidade ou as despesas da família que sustentam”.

(“*Il est institué une organisation de la Sécurité sociale destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leurs capacités de gain, à couvrir les charges de maternité ou les charges de famille qu'ils supportent*”).

Por sua vez, o Preâmbulo da Constituição francesa de 1958, no que condiz à seguridade social, define o seguinte: “A Nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias para seu desenvolvimento. Ela garante a todos, principalmente à criança, à mãe e aos trabalhadores idosos, a proteção da saúde, da segurança material, o repouso e os lazeres. Todo ser humano que, em razão de sua idade, estado físico ou mental, situação econômica ou que se encontre incapaz de trabalhar, tem o direito de obter da coletividade os meios convenientes de existência”.

(“*La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence*”).

⁶⁶ A MACSF é uma seguradora criada para profissionais da saúde e composta por 125 juristas e médicos: www.macsf.fr/legroupe/docmacsf/docmacsf_210

⁶⁷ AYNES, Laurent. *Malheur et préjudice*. In : Journal Français de Psychiatrie, nº 17, 2003, p. 5.

obrigou a reparação em dinheiro da violação do direito de Nicolas Perruche à não-existência.

Apesar dos precedentes e casos similares anteriormente decididos em outros países, como o caso norte-americano *Gleitman v. Cosgrove*, o processo na França foi acompanhado de grande polêmica até seu final. Isso porque, de fato, o caso de Nicolas Perruche destoa de seus antecedentes por desvelar algo até então coberto pelo direito ao aborto: o direito de não nascer.

O caso *Gleitman v. Cosgrove* abarcou a propositura de duas ações: uma por nascimento injusto, proposta pelos pais, e outra por vida injusta, proposta em nome da criança. Mas, no caso Perruche, foi proposta apenas uma ação por *wrongful life*, uma ação por vida injusta.

A França já havia reconhecido o direito ao aborto, há pouco mais de dez anos, na data da propositura da ação em que Nicolas Perruche figurou como autor. Os Estados Unidos da América do Norte, em seu turno, o fizeram em 1973, na sentença do caso *Roe v. Wade*, posterior ao caso *Gleitman*. Ocorre que, mesmo depois de consagrado o direito ao aborto, as *wrongful life actions* norte-americanas não obtiveram êxito, somente as *wrongful birth actions* conseguiram uma decisão que obrigasse a reparação de dano causado aos pais por conta de um nascimento injusto.

Outro ponto de distinção muito importante é que, no caso Perruche, apareceu uma novidade: a intervenção do Estado, pois a CPAM de Yonne foi, juntamente com Nicolas, autora da ação. Contudo, no caso estadunidense o litígio restringiu-se a uma discussão entre dois pólos: um composto pelos pais e pela criança e o outro composto pelo médico. Essas diferenças são essenciais para que a novidade do caso Perruche possa aparecer.

Interessante perceber, ainda, que a *wrongful life action*, uma criação jurisprudencial norte-americana a respeito da ação de reparação por conta do advento de uma vida injusta não foi admitida nos Estados Unidos, justamente, onde a perspectiva liberal-econômica da judicialização da vida mostrou-se vitoriosa.

Até o fim da década de 1960, ainda não tinham sido reconhecidas nem a ação dos pais por nascimento injusto, nem a ação da criança por vida injusta. Contudo, nos anos subseqüentes, a ação por nascimento injusto proposta pelos pais alcançou êxito, mas não a ação por vida injusta. Talvez a única função prática dessa ação de vida injusta nos Estados Unidos seja substitutiva, no caso de os pais não conseguirem, por algum motivo, propor uma ação por nascimento injusto.

Seja como for, desde *Roe v. Wade*, as Cortes não tinham mais dificuldade em identificar qual seria o direito em questão nas ações por nascimento injusto. Tratava-se do direito constitucional de escolha da mãe em interromper, ou não, sua gravidez. Uma decisão protegida pela sombra da privacidade e, depois de *Casey*, pela esfera de liberdade da pessoa. Portanto, quando os médicos são negligentes, falham no seu diagnóstico clínico ou não informam a mãe do potencial que o feto tem de nascer com deficiência, macula-se o direito de decidir da mulher, perde-se a chance de uma escolha. Essa perda causa um dano que pode ser reparado em dinheiro. Nesse sentido, o direito de responsabilidade civil norte-americano permite a reparação dos danos causados pela negligência

médica quando a ação por nascimento injusto é capaz de demonstrar quatro elementos: primeiro a existência de um dever (de uma obrigação ou contrato); segundo a quebra desse dever; terceiro a causa do dever (ou nexos entre a promessa e sua aceitação); quarto o dano ou violação ao compromisso estabelecido, ao direito em questão.

Tanto nos processos por *wrongful life* como naqueles de *wrongful birth* as Cortes não encontraram dificuldades em aceitar que: o médico tinha uma obrigação para com o feto e para com a mãe; o médico quebrou essa obrigação; se o médico cumprisse com sua obrigação, a mãe teria abortado o feto e a criança não nasceria; isso causaria um dano à mãe, mas será que causaria também um dano à criança? Essa foi exatamente a pergunta feita pelos juízes. Mas para a ação por vida injusta não há resposta, por conta do paradoxo da não existência: como comparar existência e não-existência a fim de determinar um dano? Resta claro que se trata de um dano impossível de ser calculado, até porque é impossível restabelecer e calcular o *status quo ante*, o estado anterior à existência.

Ao decidir de modo diferente das Cortes norte-americanas, a Corte de Cassação francesa provocou desconforto com uma sentença favorável ao pedido de Nicolas. Esse incômodo foi tão grande que inspirou a elaboração de três projetos de lei, rapidamente encaminhados à Assembléia Nacional francesa. Para tanto, foi bastante importante o intenso ativismo dos movimentos em defesa dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Por conta desse contexto de enorme pressão, a Assembléia Nacional, em sessão de 10 de janeiro de 2002, sintetizou os projetos em trâmite em uma única lei sobre solidariedade nacional e indenização de defeitos congênitos.

O resultado disso foi a promulgação da Lei nº 2002-303, de 4 de março de 2002, que ficou conhecida como *Loi anti-Perruche*, principalmente por dispor, já em seu artigo primeiro, a impossibilidade de o nascimento importar em dano à pessoa⁶⁸. Contudo, não parece descabido questionar em que medida uma lei “anti-Perruche”, uma lei “contra alguém”, poderia indicar uma vitória do combate ao preconceito. Mas, antes disso, é preciso refletir com atenção sobre a decisão final do caso Perruche e sobre a tese do direito de não nascer.

Essa decisão (final da Corte de Cassação francesa) pode ser resumida no seguinte excerto do Acórdão:

“Desde quando os erros cometidos por um médico e um laboratório na execução de contrato firmado com uma mulher grávida tenham impedido esta de exercer sua escolha de interromper a gravidez com o objetivo de evitar o nascimento de uma criança atingida por uma deficiência, esta última pode requerer a reparação do dano resultante dessa deficiência e causada pelos erros considerados”.

⁶⁸ “Article 1er, I – Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de naissance” (Ninguém pode se prevalecer do prejuízo do fato de ter nascido).

Uma mulher grávida teria, então, o direito de exigir reparação do dano causado pelo médico. Mas para entender melhor a tese do “direito de não nascer”, no caso de Nicolas Perruche, seria preciso ler não apenas a decisão final, mas os debates e as interessantes discussões que integram o inteiro teor do Acórdão Perruche. Nesse sentido, frise-se que a decisão da Corte de Cassação francesa consagrou a tese de Pierre Sargos, Conselheiro junto à Corte, que interpretou o caso Perruche à luz da obrigação contratual:

“O médico e o laboratório deveriam dar à Senhora Nicolette Perruche, graças ao diagnóstico serológico da rubéola, uma informação que a permitisse exercer uma escolha, qual seja, a de recorrer a um aborto em caso de rubéola. E o exercício dessa escolha, expressão de sua liberdade pessoal e discricionária, foi impedido por um erro cometido. A deficiência da criança é consequência direta do erro cometido pelo médico e pelo laboratório, uma vez que sem esse erro não haveria deficiência”.

Em sentido contrário, para Jerry Sainte-Rose, Advogado Geral junto à Corte de Cassação francesa:

“O aproveitamento esperado de uma demanda de indenização formada em nome da criança deficiente não deve fazer esquecer que, em termos de direitos fundamentais, admitir que seu nascimento seja um dano para ela mesma constitui um atentado ao respeito de sua dignidade. Na medida onde ela tende, através do aborto dito terapêutico e seus efeitos eugênicos, a uma diferenciação dos deficientes de nascença que não podem senão ‘reforçar o fenômeno social de rejeição dos sujeitos considerados como anormais’, a ação por vida injusta contraria o princípio formulado pelo artigo 16 do Código Civil que implica a igual dignidade dos seres humanos. Segue-se que o interesse de agir da criança não é legítimo(...) as regras da responsabilidade civil não são adaptadas para ajudar os pais no que condiz as despesas com a educação da criança. Essa ajuda é correspondente à solidariedade nacional. É o direito social”⁶⁹.

Essas duas posições parecem indicar a possibilidade de duas leituras distintas sobre o pedido de Nicolas: uma interpretação liberal, aos moldes norte-americanos e à luz do direito da

⁶⁹ “Le profit espéré d’une demande d’indemnisation formée au nom de l’enfant handicapé ne doit pas faire oublier qu’en termes de droits fondamentaux, admettre que sa naissance est un préjudice pour lui-même constitue une atteinte au respect de sa dignité. Dans la mesure où elle tend, à travers l’avortement dit thérapeutique mais aux effets eugéniques, à une différenciation des handicapés de naissance qui ne peut que “renforcer le phénomène social de rejet des sujets considérés comme anormaux, [60] l’action pour vie préjudiciable est contraire au principe formulé par l’article 16 du Code civil qui implique l’égalité des êtres humains.[61] Il s’ensuit que l’intérêt à agir de l’enfant n’est pas légitime. La seconde réflexion, en forme de constat, porte sur le fait que les règles de la responsabilité civile ne sont pas adaptées à l’aide que sont en droit d’attendre les parents d’enfants handicapés pour leur entretien et leur éducation qui constituent une lourde charge. Cette aide relève de la solidarité nationale [62]. C’est du droit social.[63]”.

responsabilidade civil francês, em que a inexecução contratual gera um dano a ser reparado em dinheiro. E, uma segunda interpretação humanista, à luz dos chamados direitos da personalidade e dos direitos humanos, em que a vida é considerada um direito fundamental, tão essencial que não poderia ser compreendida como dano sem que isso ofendesse a dignidade de toda a humanidade.

Estabelecidas as duas linhas que pretendem orientar de modo supostamente distinto, o pedido de Nicolas, passa-se a identificá-las no caso em discussão. Como explicitado, o Direito francês permite a prática da interrupção voluntária da gravidez, nos termos de dois artigos do Código de Saúde Pública francês:

“Art. 162-2 - A interrupção voluntária da gestação só pode ser realizada por um médico; (...)”.

“Art. 162-12 - A interrupção voluntária da gestação pode, a qualquer momento, ser praticada se dois médicos atestarem, depois de exame e discussão, que o prosseguimento da gravidez coloca em perigo grave a saúde da mulher ou que existe uma grande probabilidade de que a criança que nascerá seja vítima de uma doença particularmente grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico”⁷⁰.

Observe-se, portanto, que a parte final da decisão do caso Perruche parece guiar-se de acordo com os dispositivos do Código Civil francês que tratam da execução contratual, pois o direito de não nascer de Nicolas aparece desvelado, após a reparação da perda da chance do direito ao aborto de Josette.

Outros dois artigos do Código Civil francês também foram invocados no caso e conferiram vigor à linha patrimonialista de interpretação do Acórdão Perruche: “Art. 1147 - O devedor é condenado, se for o caso, ao pagamento dos danos e interesses seja em razão da não execução da obrigação, seja em razão de atraso na execução, todas as vezes que não se justifique que a não execução provém de uma causa estranha que não pode lhe ser imputado, ainda que não haja má fé de sua parte”⁷¹; (...) Art. 1165 - As convenções não possuem efeitos senão entre as partes contratantes”⁷².

Mas existem, ainda, outros fundamentos normativos que devem ser considerados. Entre eles, destaque-se o artigo 1382 do Código Civil francês, segundo o qual “Todo e qualquer fato do homem,

⁷⁰ “Art. L. 162-2. - *L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin*”. (...)

“Art. 162-12. - *L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins attestent, après examen et discussion, que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic*”. Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/

⁷¹ “*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*”.

⁷² “*Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121*”.

que cause a outro um dano, obriga aquele pelo erro que ele deverá reparar”⁷³, bem como o regime do artigo 16 do mesmo Código, coerente com a matéria de deontologia médica tratada, por exemplo, no artigo 2º do Decreto nº 95-100, de 6 de setembro 1995, *verbis*: “O médico, a serviço do indivíduo e da saúde pública, exerce sua missão com respeito à pessoa e sua dignidade. O respeito devido à pessoa não cessa de se impor após a morte”⁷⁴.

Note-se que não fica muito claro a qual linha de interpretação do caso Perruche: linha patrimonialista ou linha humanista de explicação? Diferentemente dos artigos 1147 e 1165 do Código Civil francês, que se referem à inexecução da obrigação contratual e aos efeitos gerados entre as partes, os dispositivos sobre o dever de reparar um dano causado a outro homem e sobre o compromisso médico com o indivíduo e com a saúde talvez pudessem ser utilizados por ambas as vertentes, tanto pela linha patrimonialista, quanto pela linha humanista de interpretação.

Para mergulhar mais a fundo nesses modos diferentes de entender a questão trazida por Nicolas Perruche, devem ser rememorados alguns dos argumentos defendidos durante o trâmite do processo.

Destaque-se, especialmente, as ponderações de Jerry Sainte-Rose e Pierre Sargos, o primeiro foi o Advogado Geral e o segundo atuou como Conselheiro junto à Corte de Cassação francesa no caso Perruche. Curiosamente, assim como alguns artigos do Código Civil, os argumentos explorados a seguir também poderiam servir para afirmar tanto a linha patrimonialista como a linha humanista de interpretação, ou seja, servem para confirmar a decisão final do caso Perruche, mas também poderiam confrontá-la. Essa é a ambivalência da resposta jurídica que marca o *Arrêt* Perruche. As duas linhas não seriam opostas, pois ambas valem. Daí em se falar numa perspectiva humanista liberal. Para confirmar essa observação será preciso retornar ao início do processo judicial.

Antes da decisão final da Corte de Cassação, houve uma oscilação no entendimento dos Tribunais de diferentes instâncias a respeito da vida injusta de Nicolas.

Em 13 de janeiro de 1992, o Tribunal de Primeira Instância de Evry declarou o médico e o laboratório solidariamente “responsáveis pelo estado de saúde de Nicolas Perruche”. Assim sendo, a sentença determinou que fossem condenados *in solidum* com suas seguradoras, deferindo, também, a demanda da CPAM de Yonne – *Caisse Primaire d’Assurance Maladie*. Em seguida, o médico interpôs recurso de apelação sob o pretexto de que o laboratório seria o único responsável pelo erro que provocou a “perda da chance” do direito à interrupção voluntária da gravidez. Constitui o caso, então, de um processo principal (em que Nicolas Perruche figura como autor) e de um processo em anexo (cujo autor é a CPAM), os quais, de maneira semelhante, invocam os mesmos argumentos para requerer a cassação da decisão da Corte de Orléans (que modificou a decisão do Tribunal de Evry).

⁷³ “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

⁷⁴ “*Le médecin, au service de l’individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s’imposer après la mort*”.

A questão de direito formulada no pedido requer seja julgado válida a existência de um nexo de causalidade entre o erro do diagnóstico médico (que tirou de Josette, mãe de Nicolas, a possibilidade de abortar) e os danos sofridos pela criança, em virtude da doença adquirida por Nicolas no ventre da própria mãe:

“(…) a mãe da criança tinha claramente manifestado a vontade, em caso de portar rubéola, de proceder a uma interrupção voluntária da gravidez, o que os erros conjugados dos médicos não teriam permitido; resulta que esses erros foram geradores do dano sofrido pela criança; ... descartando o nexo de causalidade entre a culpa constatada e o dano sofrido pela criança por conta da rubéola de sua mãe, o julgamento atacado violou o artigo 1147⁷⁵ do Código Civil”.⁷⁶

Quase dois anos depois, em 17 de dezembro de 1993, a Corte de Apelação de Paris confirmou o dano moral em favor de Josette, mas não o dano material em favor de Nicolas. Sendo assim, decidiu a Corte que o médico cometeu falha “na execução de sua obrigação contratual” e que o mesmo deveria reparar a senhora Josette Perruche, uma vez que “ela lhe levou ao conhecimento sua vontade e a do marido em interromper a gravidez em caso de rubéola”. A Corte de Apelação parece, então, ter conservado parte da decisão anteriormente proferida pelo Tribunal de Evry. Contudo, foi reformado um ponto do primeiro julgado, e em torno disso toda uma polêmica processual irá se desenrolar: “o dano causado à criança Nicolas Perruche não tem nexo de causalidade com as falhas cometidas”.

A Corte de Apelação declarou, ainda, que “as seqüelas que atingiram Nicolas Perruche têm como única causa a rubéola que a ele fora transmitida no útero de sua mãe”, “infecção de caráter irreversível que é inerente à pessoa da criança e não resulta de falhas cometidas”. Decisão análoga foi tomada pela Primeira Câmara Civil, em 26 de março de 1996, que decidiu em favor de Nicolas Perruche, deferindo seu recurso que pediu uma indenização com base na evidência do nexo de causalidade entre o erro do médico e as seqüelas da rubéola.

Contudo, no dia 05 de fevereiro de 1999, a Corte de Orléans derrubou tal interpretação para declarar a inexistência do referido nexo de causalidade. Entendeu essa Corte que os danos sofridos por Nicolas Perruche não seriam indenizáveis, pois faltaria exatamente o nexo de causalidade a articular os

⁷⁵ “*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*”. (O devedor é condenado, caso seja provado, ao pagamento dos danos e interesses seja em razão da não execução da obrigação, seja em razão de atraso na execução, todas as vezes que não se justifica que a não execução provenha de uma causa estranha que não pode lhe ser imputado, ainda que não haja má fé de sua parte).

⁷⁶ “*ALORS, D'UNE PART, QU'il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que la mère de l'enfant avait clairement exprimé la volonté, en cas d'atteinte rubéolique, de procéder à une interruption volontaire de grossesse et que les fautes conjuguées des praticiens ne lui ont pas permis de recourir à cette solution ; qu'il s'ensuit que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère ; qu'en écartant le lien de causalité entre les fautes constatées et le dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, l'arrêt attaqué a violé l'article 1147 du Code civil*”. Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa:

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/

erros cometidos pelo laboratório de biologia médica de Yerres e pelo médico com a transmissão da rubéola à Josette Perruche. Ou seja, como os médicos apenas passaram a intervir após o início da gravidez, a Corte entendeu ser impossível prevenir a concepção da vida injusta da criança, de sua vida “deficiente”. Dessa forma, nenhuma tecnologia ou tratamento poderia fazer sarar os efeitos da rubéola sobre o feto, de modo que “Nicolas não podia senão nascer com as conseqüências imputáveis à rubéola... ou morrer após uma interrupção voluntária de gravidez cuja decisão não pertencia senão a seus pais e não constitui para ele um direito do qual ele possa se prevalecer”.

Segue a decisão da Corte afirmando que a única conseqüência em nexo de causalidade com o erro dos médicos é o nascimento da criança, mas que “se um ser humano é titular de direitos desde seu nascimento, ele não possui, todavia, aquele de nascer ou de não nascer, de viver ou de não viver”. Diante disso, foram depositados Memoriais, em nome de Nicolas Perruche, dia 22 de fevereiro, junto à Corte de Cassação.

Em 17 de novembro de 2000, a Corte de Cassação francesa resolveu, por fim, que os erros cometidos pela equipe médica impediram Josette de exercer seu direito de interromper voluntariamente sua gravidez e, assim sendo, evitar o nascimento de uma criança com deficiência, mas que este último está legitimado para figurar como autor de ação de reparação de danos resultantes dessa deficiência.

A ementa do Acórdão é a seguinte:

“PROFISSÕES MÉDICAS E PARAMÉDICAS – Médico cirurgião – Responsabilidade contratual – Erro – Nexo de causalidade – Mulher grávida – Concurso de erros de um laboratório e de um médico – Criança nascida com deficiência – Direito à reparação.”⁷⁷

“A partir do momento em que os erros cometidos por um médico e um laboratório na execução de contratos firmados com uma mulher grávida tenham impedido esta de exercer sua escolha de interromper a gravidez com o objetivo de evitar o nascimento de uma criança atingida por uma deficiência, esta última pode requerer a reparação do dano resultante dessa deficiência e causada pelos erros considerados”⁷⁸.

Leia-se, ainda, o teor da decisão final da Corte de Cassação:

⁷⁷ “PROFESSIONS MEDICALES ET PARAMÉDICALES. - Médecin chirurgien. - Responsabilité contractuelle. - Faute. - Lien de causalité. - Femme enceinte. - Concours de fautes d'un laboratoire et d'un praticien. - Enfant né handicapé. - Droit à réparation”. Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa:

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/

⁷⁸ “Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues”.

“Vistos os artigos 1165⁷⁹ e 1382⁸⁰ do Código Civil...

Considerando que um julgamento ocorrido no dia 17 de dezembro de 1992 pela Corte de Apelação de Paris julgou, de primeira parte, que M. Y..., médico, e o Laboratório de biologia medical de Yerres, aos direitos dos quais é M. A..., tinham cometido erros contratuais na ocasião de busca de anticorpos da rubéola em Mme X... uma vez que esta encontrava-se grávida; de segunda parte, que o dano dessa última, cuja criança havia desenvolvido graves seqüelas em consequência da rubéola contraída no útero, deveria ser reparada uma vez que ela havia decidido recorrer a uma interrupção voluntária de gravidez caso a presença da rubéola se confirmasse, e que os erros causados a fizeram crer, erroneamente, que ela estaria imunizada contra essa doença; de terceira parte, que o dano da criança não tinha nexo de causalidade com esses erros; que este julgamento tendo sido cassado em sua única disposição relativa ao dano da criança, o julgamento atacado da Corte de Apelação diz que ‘a criança Nicolas X... não sofre um dano indenizável em relação de causalidade com os erros cometidos’ pelos motivos tirados da circunstância que as seqüelas que a atingiram tiveram como única causa a rubéola transmitida por sua mãe a não ser esses erros e que ele não podia tirar vantagem da decisão de seus pais quanto a uma interrupção de gravidez⁸¹...

Considerando, todavia, que, a partir do momento em que os erros cometidos por um médico e um laboratório na execução de contratos firmados com Mme X... tenham impedido esta de exercer sua escolha de interromper a gravidez com o objetivo de evitar o nascimento de uma criança atingida por uma deficiência, esta última pode requerer a reparação do dano resultante dessa deficiência e causada pelos erros considerados⁸²...

POR ESSES MOTIVOS, e sem que seja necessário decidir sobre os outros pedidos de uma e de outra petição:

CASSA E ANULA, em sua íntegra, o julgamento de 5 de fevereiro de 1999, entre as partes, pela Corte de Apelação de Orléans; remete, em consequência, a causa e as partes ao estado

⁷⁹ “Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121”. (As convenções não possuem efeitos senão entre as partes contratantes...)

⁸⁰ “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer” (Todo e qualquer fato do homem que cause a outro um dano, obriga aquele pelo dano o qual ele deverá reparar).

⁸¹ “Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la cour d'appel de Paris a jugé, de première part, que M. Y..., médecin, et le Laboratoire de biologie médicale de Yerres, aux droits duquel est M. A..., avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme X... alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes ; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la Cour de renvoi dit que "l'enfant Nicolas X... ne subit pas un préjudice indemnizable en relation de causalité avec les fautes commises" par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse”.

⁸² “Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues”.

onde elas se encontravam antes do referido julgamento e, por se tratar de questão de direito, reenvia-os frente à Corte de Apelação de Paris, a ser composta diferentemente do dia da audiência de 17 de dezembro de 1993”⁸³.

Nessa linha de raciocínio, a Corte de Cassação, órgão encarregado de assegurar o respeito e a exatidão da aplicação da lei na França, no caso *Perruche*, decidiu pelo cabimento do pedido de reparação dos danos causados ao feto durante a gestação (*wrongful life action*), com independência do pedido de reparação correspondente aos pais da criança (*wrongful birth action*).

Mas, segundo Jerry Sainte-Rose, em caso de falta médica para com seu dever de informação, a parte lesada seria composta apenas pelos pais, por terem sido falsamente assegurados quanto à ausência de risco de deficiência. Esse erro, então, não poderia servir de fundamento à ação da criança.

Ademais, segundo Sainte-Rose, sendo admitida a ação da criança, seria adotada uma presunção de comportamento da mãe, que poderia, na última hora, perder a chance de mudar de opinião: Ora, “se informada, a interessada teria necessariamente praticado uma interrupção voluntária da gravidez. Trata-se de uma presunção de ‘comportamento normal’ que mesmo uma probabilidade estatística produzida pela banalização do aborto não é suficiente para acabar com a incerteza que sempre existirá sobre qual teria sido a atitude da mulher grávida confrontada com um diagnóstico desfavorável”.

Sainte-Rose chama atenção, ainda, para a confusão entre a causa da deficiência e a causa do nascimento:

“Sob o pretexto de indenizar uma deficiência uma vez que esta não pode ser ligada por um nexo de causalidade ao comportamento errôneo dos médicos, não é, na verdade, o nascimento e, portanto, a vida da criança que são considerados como um dano? Encontra-se aqui a questão do início: Nicolas Perruche pode reclamar de ter nascido com deficiência congênita no lugar de não ter nascido?”.

Para essa interrogação colocada, os juristas franceses trouxeram, na sua grande maioria, uma resposta negativa. Também partidário dessa posição, Jerry Sainte-Rose ressaltou, ainda, outras três referências⁸⁴.

⁸³ “*PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs de l'un et l'autre des pourvois: CASSE ET ANNULE, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre de 1993*”.

Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa:

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/

⁸⁴ “*A l'interrogation qui est au coeur du débat, la doctrine a, très majoritairement, apporté une réponse négative. Mais on citera d'abord Mme V. Pecresse pour qui ‘un enfant ne peut pas se plaindre d'être né tel qu'il a été conçu par ses parents, même s'il est atteint d'une maladie incurable ou d'un défaut génétique, dès lors que la science médicale n'offrait aucun*

V. Pecresse teria afirmado que:

“(…) uma criança não pode reclamar de ter nascido já que foi concebida por seus pais, mesmo se ela é vítima de uma doença incurável ou de uma condição genética, uma vez que a ciência médica não oferece nenhum tratamento para sará-la no útero. Afirmar o contrário seria julgar que existem vidas que não valem a pena serem vividas e impor à mãe certa obrigação de recorrer, em caso de diagnóstico alarmante, a uma interrupção da gravidez”.

E M. P. Murat denunciou a “analogia viciosa” que admitiu a ação da criança na mesma demanda que a ação dos pais, pois: “(…) sua deficiência ou sua dor são consubstanciais à sua qualidade de ser humano” e “em preservando a vida nada é perdido... Julgar o contrário trataria de estabelecer mais uma vez, de modo oficial, uma pernicioso hierarquia entre as vidas que são únicas e não susceptíveis de serem reduzidas a esta ou àquela deficiência”.

Roche-Dahan, após ter sublinhado “(…) que em nenhum momento a Corte de Cassação não definira a natureza exata do dano cujo médico foi condenado como responsável”, lamenta que o dano levado em conta seja “o fato de estar vivo” e contesta a legitimidade do interesse sobre o qual se fundou a ação da criança.

Mas seria necessário saber o que pensam os próprios interessados, pois existem pessoas com deficiência que são felizes, assim como há pessoas perfeitamente constituídas que não o são. O problema, como observou M. A. Hermitte, é que esta questão merece uma resposta pessoal, que o infante Nicolas seria “incapaz” de dar e “Permitir à sociedade ou a seus pais de dá-la em seu nome seria não dar conta do conflito de interesse e de apreciação que pode existir. Desse fato não se pode tomar decisão”⁸⁵.

Lembre-se que a Corte de Apelação constatou que os médicos erraram, mas não provocaram a deficiência. Esta seria congênita, ou genética, e não teria autor. A deficiência seria inerente à pessoa de Nicolas.

Em sentido contrário, o dano pareceu incontestável à Corte de Cassação, seja ele por conta do

traitement pour le guérir in utero. Affirmer l'inverse serait juger qu'il existe des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues et imposer à la mère une sorte d'obligation de recourir, en cas de diagnostic alarmant, à une interruption de grossesse'. M. P. Murat dénonce 'l'analogie vicieuse' qui a conduit à admettre l'action de l'enfant au même titre que l'action des parents. Il ajoute, à propos de l'enfant, que 'son handicap ou sa douleur sont consubstantiels à sa qualité d'être humain' et 'qu'en gardant la vie il n'a rien perdu... Juger du contraire revient à poser, officiellement, une perniciose hiérarchie entre des vies qui sont toutes uniques et non susceptibles d'être réduites à tel ou tel handicap'. De son côté, Mme J. Roche-Dahan, après avoir souligné 'qu'à aucun moment la Cour de Cassation ne prend la peine de définir la nature exacte du préjudice dont le médecin est tenu responsable', déplore que le dommage pris en compte soit 'le fait d'être en vie' et conteste la légitimité de l'intérêt sur lequel se fonde l'action de l'enfant”.

⁸⁵ Sainte-Rose assim coloca o pensamento de Hermitte: “Le problème, ainsi que l'a pertinemment relevé Mme M.A. Hermitte, est que cette question ne peut recevoir qu'une réponse personnelle que l'enfant est incapable de donner. "Permettre à la société ou à ses parents de la donner en son nom revient à ne pas tenir compte du conflit d'intérêt et d'appréciation qui peut exister. C'est, en fait, indécidable au sens fort du terme”. Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa:

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/

nascimento ou da vida injustos, de modo que a verdadeira discussão, para o campo do direito privado, estaria limitada a uma análise da questão da relação entre o erro e o dano. E é exatamente essa relação que desvela o direito de não nascer.

Pierre Sargos lembra, conforme escreveu G. Viney, que “Uma das funções desprezadas da responsabilidade civil consiste não somente em assegurar o respeito aos direitos subjetivos já consagrados, mas também fazer aparecer outros que não são ainda reconhecidos ou formulados”.

Ademais, de acordo com a posição de Pierre Sargos, ainda que o contrato não tenha sido celebrado com a criança, é indiferente que o acordo de vontades tenha se estabelecido somente entre Josette e a equipe médica. Quando a inexecução contratual tem conseqüências sobre a criança, pode-se invocar o erro que, tratado como um fato jurídico, serve de suporte à ação de danos ao interesse de Nicolas. Ademais, como a vida é um bem juridicamente relevante, aos olhos do Direito, será merecedora de tutela. Por fim, Sargos nota que não admitir o dano à criança e admitir o dano aos pais esconderia uma incoerência, visto que o dano aos pais é, em última análise, fundada sobre o mesmo erro que aquele invocado pela criança.

Mas seria preciso, ainda, explicar com mais detalhes a fundamentação jurídica da reparação, pois a responsabilidade médica abrange o dever de cuidado e de informação de todos os profissionais de saúde envolvidos: médicos, paramédicos, pessoal hospitalar e laboratorial.

De acordo com o regime da responsabilidade civil, tanto contratual como extracontratual, devem constar no pedido de reparação de danos: a demonstração do ato ilícito; a exposição do fator de atribuição da responsabilidade; a identificação do dano causado à vítima; e a relação de causalidade adequada entre o dano e o ato ilícito.

Em geral, a responsabilidade médica é tratada como caso de responsabilidade contratual, baseada na culpa. Em tese, pode-se cogitar a responsabilidade extracontratual ou aquiliana baseada na violação a um dever geral de abstenção de violação de um direito absoluto, de um direito da personalidade. Mas não é esse o caso. Tampouco se pode dizer que o progresso técnico faria desse caso um exemplo de responsabilidade objetiva baseada no risco.

No Acórdão Perruche, o ato ilícito consistiu na infração do dever médico de informação, de uma obrigação legal de cuidado. Esse é um dever lateral de conduta ao qual o médico estaria contratualmente obrigado. Portanto, a quebra desse contrato de prestação de serviços faz com que opere uma presunção jurídica da culpa por parte da equipe médica.

A antijuridicidade ocorreu com o não cumprimento dessa obrigação de meio (e não de resultado) devida pelo médico e pelo laboratório, nos termos do artigo 1147 do Código Civil francês. Diz-se obrigação de meio porque a equipe médica estaria comprometida com a assistência e o acompanhamento da gravidez sem assegurar um resultado definido. Não existe lei e nem disposição contratual que comprometa a equipe médica com o resultado “nascimento de uma criança normal”.

Como visto anteriormente, se Josette Perruche tivesse sido devidamente informada dos riscos de sua gestação, ela haveria optado por exercer seu direito de interrupção voluntária da gravidez. Então, para a Corte de Cassação, a negligência médica provocou a violação de um direito subjetivo de Josette Perruche, que perdeu sua chance de optar pelo abortamento em condições legais. Esse foi o ato ilícito.

O dano foi, então, identificado com a perda de um direito, com uma diminuição de suas prerrogativas. Essas prerrogativas são aquelas chamadas pelo Direito norte-americano de direitos da pessoa, o que o Direito francês chama de direitos subjetivos. Isso porque, se não houver nenhum direito subjetivo, ainda que haja injustiça e dor, não caberá o regime jurídico da reparação de danos.

Quando a Corte reparou o dano à criança Perruche, os juízes mostraram que Nicolas teria legitimidade para figurar como autor da ação de reparação de danos por ter nascido, por conta da vinda de sua vida injusta ao mundo. Portanto, no Acórdão Perruche, tudo se passa como se fosse de interesse de Nicolas Perruche a interrupção da gravidez de sua mãe Josette, ainda que ele mesmo deixasse de existir caso tal decisão fosse tomada. Por isso mesmo, falta explicitar o prejuízo que o legitimaria a figurar como autor da ação de reparação de um dano causado a ele mesmo. Pensando em Nicolas Perruche, caberia perguntar qual o direito subjetivo que foi lesado quando a mãe perdeu a chance de interromper voluntariamente a gravidez.

Tendências mais atuais em matéria de responsabilidade civil aceitam a reparação do dano causado em função da violação de direitos subjetivos, mas também a reparação do dano causado a titulares de interesses legítimos, ou seja, não contrários ao Direito.

Assim sendo, duas são as alternativas possíveis no caso Perruche. A primeira seria considerar que o interesse legítimo afetado e suscetível de gerar reparação é o direito de toda criança a uma vida digna, sã, saudável. Ocorre que parece impossível assegurar o advento de uma vida perfeita, sem deficiências, sejam elas físicas ou intelectuais. Isso pertence aos desígnios da natureza, pertence ao acaso, ao domínio da contingência. Uma segunda alternativa seria a de reconhecer o que a doutrina contrária à decisão do caso Perruche chamou de direito de não nascer. Sabe-se que o direito à vida não é exatamente um direito absoluto, o que parece mais evidente em países que permitem o aborto e a eutanásia.

O curioso é que, a partir do caso Perruche, começa a ser apagada a diferença mais básica entre aborto e eutanásia, no plano da relação jurídica. Nos casos de eutanásia, o legitimado ativo para tomar a decisão é o próprio interessado. De modo semelhante, no caso Perruche, Nicolas é o legitimado ativo para solicitar seu próprio abortamento, sua “eutanásia pré-natal”⁸⁶. Contudo, por não ser capaz de fazê-lo por si mesmo, as pessoas que poderiam representá-lo nesse ato (de um “aborto pós-natal”) são seus pais. A partir de então, o ato ilícito reside na impossibilidade de impedir o nascimento da vida injusta

⁸⁶ Esse *droit à “l’euthanasie prénatale”* é uma expressão de M. J. HAUSER (In: R.T.D. civ, 1996, p. 871).

de Nicolas, uma vida indigna de ser vivida. Esse foi o interesse lesado pelos médicos e pelo laboratório, que não informaram aos pais de Nicolas sobre sua doença incurável carregada desde a vida intra-uterina.

Por sua vez, o fator de atribuição de responsabilidade é a razão suficiente para identificar o sujeito que tem o dever de reparar. Esse fator pode ser subjetivo ou objetivo. A culpabilidade do autor do dano constitui o fundamento subjetivo da responsabilidade e diz respeito a uma situação psicológica do sujeito que se traduz na omissão de certa atitude que poderia ter evitado o dano, ou em uma ação precipitada, inconseqüente. Já o fator objetivo dispensa a idéia de culpabilidade, modificando o centro do sistema de responsabilidade, que deixou de ser a reprovação moral da conduta de autor e passou a significar a reparação do dano que a vítima sofreu. De acordo com a decisão da Corte de Cassação, o fator de atribuição no caso Perruche é subjetivo, pois está apoiado na culpa do médico e do laboratório. O médico e o laboratório não prestaram as devidas informações e nem tiveram o devido cuidado com a execução da obrigação contratual contraída. Por isso mesmo, foi provocado um dano que mereceria ser ressarcido.

Essa reparação diz respeito aos danos materiais, aos danos emergentes em virtude dos gastos futuros com Nicolas Perruche, à perda da chance do direito de ver interrompida a gravidez de Josette Perruche, e também ao dano moral sofrido.

Thierry Jean, em seu artigo *Question d'actualité*, afirmou que o Acórdão Perruche teria ratificado “pela mais alta instância jurídica de nosso país [França] um imaginário social que torna possível a questão de atribuir valor a uma vida, confirmando de fato a era de segregação que é a nossa”⁸⁷. Prossegue o Psicanalista afirmando que “O caso Perruche consagra e revela aquilo que nós podemos considerar como uma mutação já vinda, já posta, que é aquele de uma sociedade do dano ou aquela de uma sociedade onde a norma se constitui tanto a partir do *biologismo* ambiente quanto do consumismo no qual o próprio sujeito torna-se objeto do mercado”⁸⁸. Desse modo, o Acórdão Perruche parece apoiado em um hábito típico de uma sociedade do dano, do dano biológico.

Resta, ainda, analisar o ponto que ensejou grande parte das divergências entre as Cortes francesas: o nexos de causalidade. A princípio, a doutrina majoritária entende que deve existir uma relação entre o incumprimento e os resultados que dele derivam. Mas nem todas as derivações de um ilícito são atribuíveis a um sujeito. Nesse caso, a questão passa a centrar-se em determinar se, por não existir um ato ilícito, os danos produzidos poderiam ter sido evitados. A doutrina francesa costuma resolver esse problema com base em diferentes teorias sobre a relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Uma primeira teoria seria a da equivalência de condições, segundo a qual todas e cada uma das condições têm função de causa do resultado. A segunda teoria é a da causa mais próxima, segundo

⁸⁷ JEAN, Thierry. *Question d'actualité*. In : Journal Français de Psychiatrie, n° 17, 2003, p. 3.

⁸⁸ JEAN, Thierry. *Question d'actualité*. In : Journal Français de Psychiatrie, n° 17, 2003, p. 3.

a qual se atribui o efeito somente à última causa com a qual o dano aparece conectado. Uma terceira teoria seria a da condição mais eficaz, segundo a qual o resultado deve ser atribuído à condição mais ativa. A quarta teoria a ser mencionada é a da causa eficiente, segundo a qual é causa de um resultado o que genericamente foi estabelecido em um ordenamento jurídico determinado. Finalmente, há a teoria da causalidade adequada, acolhida pela doutrina e jurisprudência francesas, segundo a qual só a causa preponderante é punível, ou seja, aquela que comporta a possibilidade objetiva do dano⁸⁹.

Para a teoria da causalidade adequada, a relação de causalidade juridicamente relevante é aquela que existe entre o dano ocasionado e o antecedente que normalmente o produziu, conforme o curso natural e ordinário dos acontecimentos.

Retomando o suposto direito de nascer digno (são ou saudável) e também o suposto direito de não nascer, duas seriam as hipóteses que merecem destaque. Em relação ao primeiro direito, a negligência não teria sido a causa do dano, pois a causa da rubéola congênita remete a um momento anterior ao da intervenção médica e laboratorial. Nesse sentido, Nicolas teria nascido com deficiência independente da informação prestada pelos profissionais de saúde. Portanto, não haveria causalidade adequada entre o ato médico e o dano ocasionado. Mas em relação ao segundo direito, a situação é distinta. Aqui a culpa do médico e do laboratório impediu que Josette adotasse as medidas cabíveis em “benefício” de seu filho. Desse modo, pode-se concluir que, no caso Perruche, o que não impediu a deficiência de Nicolas, contribuiu para causá-la.

Essa doutrina da Corte de Cassação não foi bem recebida pelos juristas franceses, que, em sua grande maioria, criticaram o Acórdão a partir de diferentes perspectivas⁹⁰.

O ponto central de grande parte dessas críticas parece anunciar as conseqüências drásticas de considerar que todo dano é imputável. Quando até mesmo fatos aleatórios, como a vida, passam a aparecer no campo do direito de danos, pode-se dizer não apenas que vivemos em uma sociedade do dano, mas também que a norma dessa sociedade se constitui a partir de um critério biológico e outro econômico, o que faz da vida capital humano e do sujeito um objeto no mercado de troca de equivalentes.

Ao serem recuperados os precedentes norte-americanos do caso Perruche, ao aproximar tal jurisprudência do Direito brasileiro e da resposta jurídica da reparação de danos francesa, restam assinaladas algumas diferenças e algumas semelhanças entre as respostas jurídicas do sistema

⁸⁹ De acordo com Pierre Sargos: “*On connaît évidemment les diverses catégories élaborées par la doctrine sur le lien de causalité entre une faute et un préjudice: - équivalence des conditions : tout fait, fût-il éloigné, sans lequel le dommage ne se serait pas produit est réputé causal. - proximité des causes : seule la dernière cause est retenue, mais il y a des nuances de doctrine avec les concepts de causalité efficiente, directe, immédiate. - causalité adéquate : seule la cause prépondérante, c'est-à-dire celle qui comporte la possibilité objective du dommage réalisé, est retenue. La jurisprudence, aussi bien administrative que judiciaire civile, n'utilise pas cette terminologie, tout en se rattachant plutôt au concept de causalité adéquate, encore appelé dans la doctrine administrative théorie des 'conséquences normales'*”. Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa:

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/

⁹⁰ Parecem representativos os artigos publicados no *Journal Français de Psychiatrie*, nº 17, 2003.

Continental Europeu (*Civil Law*) em relação ao sistema Anglo-saxão (*Common Law*). Por fim, parece existir uma tendência comum em matéria de responsabilidade civil: a de “flexibilizar” os pressupostos clássicos da responsabilidade, em particular, a objetivação da relação de causalidade. Essa tendência terminou por deslocar o conceito de dano, mas nenhuma modificação foi trazida para assegurar os “custos” dos deficientes, nos sistemas jurídicos modernos, eminentemente patrimonialistas.

PARTE II

Justiça contratual para o corpo

CAPÍTULO 1

Deslocamento do conceito de dano e a proposta de Axel Gosseries

Vistos os precedentes do caso Perruche e as duas respostas possíveis - aceitação ou negação do argumento sobre o nascimento de uma *wrongful life* - e vista a síntese dos argumentos jurídicos que sustentam o pedido de reparação de danos proposto em nome de Nicolas, importa problematizar a proposta de resposta jurídica defendida pelo jurista belga Axel Gosseries. Seu discurso será tomado como referência por representar um marco do deslocamento do conceito de dano e por buscar pensar uma saída política, para as ações por nascimento e por vida injustos.

No texto *Faut-il couper les ailes à l'arrêt 'Perruche'?*⁹¹, Axel Gosseries retomou interessante comunicação apresentada dia 22 de março de 2002, na *Maison des Parlementaires* de Bruxelas.

Na oportunidade, Axel Gosseries desenvolveu algumas teses. A primeira dizia que o conceito *standard* de dano não permitiria a aplicação do direito de responsabilidade civil, no Acórdão Perruche. Para o jurista belga, só seria conveniente utilizar um conceito *standard* de dano na circunstância de uma vida indigna. No entanto, não considerou ser esse o caso de Nicolas, pois sua vida não se situa abaixo de um nível mínimo de dignidade. Axel Gosseries tentou, então, mostrar que não se deve mais estender o domínio da aplicação do conceito de dano, pois se trata de um campo ambíguo.

Ainda, por considerar que essa discussão apela à solidariedade nacional, propôs noções alternativas de dano, mas percebeu que a tarefa terminava sempre numa comparação com o grau de normalidade ou com a idéia ideal de uma criança que os pais poderiam ter tido. Tais comparações entre a criança nascida e a criança ideal não fazem sentido no momento de calcular um eventual dano sofrido pelos pais, mas conduzem a dificuldades no momento de avaliação de um eventual dano à criança.

Logo, mais que entender o conceito de dano, para Axel Gosseries, seria conveniente desenvolver um regime integrado de indenização para pessoas com deficiência que funcione de maneira tal que, de uma parte, responda efetivamente às dificuldades das pessoas envolvidas, e que, de outra parte, as causas das deficiências (salvo caso de erro ou violência da vítima sobre si mesma) não afetem em nada o montante das indenizações.

Essa proposta de criação de um fundo de assistência para pessoas com deficiência é que foi chamada pelo jurista de *égale sollicitude*. Portanto, todo o argumento de Axel Gosseries passa por considerar o tema do nascimento como algo que merece preocupação da nação. Nesse sentido, sua tese parece concentrar-se em querer ampliar o que na França é missão constitucional do CPAM.

Tudo isso passa a fazer ainda mais sentido depois do Acórdão Perruche ter sido ratificado pela sentença que decidiu o caso da criança Lionel, em 28 de novembro de 2001, pela Corte de Cassação francesa⁹². A partir de então, torna-se mais importante procurar entender o que seria um caso do tipo Perruche.

Um caso do tipo Perruche poderia ser chamado de ação por vida injusta, por *vie préjudiciable*, ou por *wrongful life*, e seriam quatro suas características principais.

A primeira característica é a manifestação da deficiência desde o nascimento da criança. Importante notar que isso deve excluir os casos em que os pais optam pela interrupção voluntária da gravidez mesmo quando a criança não manifesta nenhuma deficiência, assim como deve excluir os casos em que os pais reprovam o médico e o laboratório por conta dos erros no processo de esterilização ou mesmo no processo de aborto (como nas ações por *wrongful birth*, *wrongful*

⁹¹ Artigo publicado na *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, nº 48, 2002, p. 93-110, e disponível para consulta no sítio: <http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/PerrucheRiEJ.pdf>

⁹² *Arrêt* nº 486, julgado em 28 novembre 2001, pela Corte de Cassação francesa: www.courdecassation.fr

conception ou *wrongful pregnancy*).

A segunda característica está em identificar a deficiência como manifestação de um fato da natureza. Nesse sentido, o nascimento de uma criança com deficiência deve remeter apenas à gravidez ou ao nascimento mesmo. Não se trata, portanto, de ver a deficiência como um problema decorrente de erro no exame pré-natal e o dano que isso pode causar. Tampouco se trata de casos em que outros eventos irão causar dano (deficiência) ao feto, como, por exemplo, casos em que houve mal uso de medicamentos durante a gestação, casos de acidentes que causam males à mãe grávida e também ao feto.

A terceira característica é a seguinte: se os pais soubessem da deficiência da criança que está para nascer, optariam pela interrupção voluntária da gravidez. Nessa linha, os pais deveriam estar em condições legais de exercício do direito ao aborto. Enfim, pondo-se de lado a falta de diagnóstico ou de má informação sobre o diagnóstico pré-natal, a condição de possibilidade de um caso do tipo *Perruche* está em se admitir o aborto, ou em se permitir a interrupção voluntária da gravidez. Diante disso, pode-se antecipar que o caso brasileiro do anencéfalo não é um caso do tipo *Perruche*⁹³.

A quarta característica seria um erro médico, hospitalar ou laboratorial. Tal erro poderia ser um erro no diagnóstico ou na informação passada aos pais. Esse equívoco influencia e vicia a escolha dos pais no momento de optar ou não por monitorar o feto e seu desenvolvimento, ou no momento de optar pela interrupção voluntária de gravidez. Lembre-se que *Nicolas Perruche* foi infectado *in utero* pela rubéola. As faltas cometidas pelo médico e pelo laboratório na execução do contrato com *Josette Perruche* a impediram de evitar o nascimento da criança, o que a legitimaria a pedir reparação de danos com base na perda da chance do direito ao aborto. Logo, a má informação e a perda da chance de exercício do direito ao aborto têm relação direta com o nascimento da criança.

Nos dois casos, *Perruche* e *Lionel*, nem o dano, nem a negligência, nem a deficiência, nem a possibilidade da mãe recorrer ao aborto foram negados. O que ocorreu foi uma interpretação da deficiência como causadora de dano não somente aos pais, mas também às próprias crianças *Nicolas* e *Lionel*. Assim, para o direito de responsabilidade, o erro de diagnóstico e o vício na informação passam a ter relação de causalidade com o dano à própria criança, com a vida injusta que nasceu indevidamente.

A Corte de Cassação francesa teria, com isso, iniciado uma jurisprudência que se distancia dos precedentes norte-americanos exatamente por conta da admissão das ações por *wrongful life*. Para *Axel Gosseries*, tal doutrina estaria equivocada tanto no plano do direito positivo como no plano filosófico.

Os magistrados que se pronunciaram no caso *Perruche* pareceram tocados pela dificuldade dos pais em criar e em dar vida digna a *Nicolas*, principalmente depois que os pais de *Nicolas* morressem. Ocorre que, se há certa sensibilização para com tal situação, *Axel Gosseries* acredita que a

⁹³ Mas talvez possa ser um caso em que se admite certo direito de não nascer.

solução deveria passar por uma outra resposta, por uma ética.

Para tanto, o primeiro ponto seria reconhecer o direito de cada sujeito de direito ao que ele denominou *égale sollicitude*, ou seja, cada vivente deveria ser reconhecido pela sociedade como igual.

O direito fundamental à igualdade ensejaria um mecanismo de proteção também isonômico para pessoas com deficiência. Isso seria importante porque, de acordo com Axel Gosseries, a deficiência pode decorrer de uma não responsabilidade e, mesmo assim, seria preciso garantir uma recompensa financeira, tendo em vista que a pessoa com deficiência está claramente numa situação de desvantagem em relação ao ponto de partida dos demais cidadãos. Além disso, a equiparação do benefício de *égale sollicitude* pretende remediar dificuldades práticas como a de produzir provas que comprovem a responsabilidade pelo nascimento de uma vida injusta, em relação aos sujeitos ditos “normais”.

Seja como for, para Axel Gosseries, não deveria pesar nem para a criança com deficiência e nem para seus próximos as conseqüências de uma escolha perdida. Nem Nicolas nem Lionel são responsáveis por escolhas que não puderam fazer voluntariamente. Em tese, a responsabilidade por provocar a perda da chance poderia ser imputada a um terceiro (*fait de l’homme*) ou à natureza (*fait de la nature*). Seguindo o raciocínio do jurista belga, precisariam ser analisadas as duas visões a respeito do direito de responsabilidade por *faute* (erro, dano ou falta) e sobre uma visão do direito de responsabilidade que seja solidária.

A primeira visão a ser destacada é a que considera a deficiência da criança como constitutiva de dano à própria criança. Essa foi, por sinal, a visão adotada pela jurisprudência Perruche. Mas ela suscita duas dificuldades importantes, na opinião de Axel Gosseries. Uma primeira dificuldade seria a articulação da negligência médica com a deficiência para imputar a responsabilidade de reparação do sofrimento imposto à criança que nasceu. Mas Axel Gosseries notou que, se essa negligência médica ou laboratorial não puder ser demonstrada ou comprovada, tal visão pode ser incapaz de garantir um amparo financeiro à criança com deficiência.

A segunda visão consiste em pensar o nascimento da vida com deficiência não como o advento de uma *wrongful life* e sim como um *wrongful birth*, de modo que o dano teria atingido os pais e não a criança que nasceu. Porém, tal visão é igualmente problemática, pois não apresenta respostas para os casos em que não tenha ocorrido dano nenhum, casos em que exista, conforme a posição Axel Gosseries, uma responsabilidade moral dos pais pelo nascimento da criança deficiente⁹⁴.

⁹⁴ “Il existe en effet des hypothèses où un concept de dommage (ou de préjudice) doit malgré tout pouvoir être utilisé. Il s’agit des cas où la vie du nouveau-né se situe irréversiblement en dessous d’un seuil de dignité, par exemple si elle n’est faite que d’atroces souffrances. Dans ces cas, il y a un certain sens à affirmer que la vie de cet enfant est non pas tant ire que de ne pas exister, mais simplement indigne de son titulaire. L’établissement d’un préjudice nécessitera ici, non pas une comparaison entre deux états de l’enfant, mais entre l’état actuel de l’enfant et un seuil minimal de dignité. Une fois en dessous de ce seuil, l’action consistant à le concevoir et/ou (laisser) mettre au monde, causera effectivement dommage à l’enfant, même si l’absence d’un tel dommage aurait aussi signifié l’absence d’existence de cet enfant. Ceci nécessite certes une avancée dans l’interprétation de la notion de dommage, au delà du concept standard défini plus haut. Ceci implique aussi, soulignons-le, que des parents pleinement informés que leur enfant n’échappera pas à une telle vie ‘indigne’ pourraient avoir l’obligation morale, voire légale, de pratiquer un avortement”. Essa posição merece críticas, pois leva a crer que optar por ter uma criança com deficiência gravíssima seria um equívoco moral. Nesse sentido, parece invertida a

Bem, frise-se que, quando se admite o dano aos pais, tal dano se mostra dividido em duas dimensões: uma dimensão que faz do dano um dano moral, pois o erro médico impediu os pais de optarem pela interrupção voluntária da gravidez; e outra dimensão que faz do dano um dano patrimonial, pois consiste em perceber que a criança com deficiência demanda mais despesas e gastos com sua criação do que a criança considerada “normal”, ou sem deficiência.

Axel Gosseries identifica, ainda, uma terceira visão, que é exatamente a da solidariedade. Tal visão não procura solucionar casos do tipo Perruche apenas pela via da responsabilidade, pois tal solução restringe a questão ao campo do direito de danos. Nesse sentido, deveria haver uma sensibilização ética ao ponto de fazer da recompensa ou reparação à criança uma tentativa válida de diminuição das desvantagens ligadas à deficiência. Isso significa abandonar a responsabilização e o problema do concurso de causalidades em proveito de uma política de concessão de um benefício voltado a ajudar os pais e as crianças que convivem com a deficiência.

Essa via parece pretender resolver o problema do órgão francês para a seguridade social, a CPAM de Yonne, buscar acionar o médico e o laboratório com o objetivo de reaver o dinheiro gasto com o tratamento de uma criança com deficiência que não deveria ter nascido. Também estaria resolvido o problema do erro médico – seja ele presumido ou averiguado – que deve ser reparado. Igualmente solucionada ficaria a questão do nascimento de uma criança com deficiência por conta de fato atribuível somente à natureza.

Desse modo, a proposta de Axel Gosseries exige, portanto, concessão de benefício para que seja diminuída a desvantagem da pessoa com deficiência em relação às pessoas sem deficiência. Essa é sua compreensão de *égale sollicitude*, essa é sua resposta solidária à questão de Nicolas. Parece claro, então, que sua crítica à sociedade do dano é, em verdade, uma proposta de sociedade da divisão social dos riscos.

Tal contribuição tenta eliminar possíveis conflitos entre a responsabilidade médico-laboratorial, seguro de saúde privado e serviço público de saúde no momento de garantir condições materiais mínimas para a garantia de uma vida digna às pessoas com deficiência. Trata-se, possivelmente, de uma reapropriação particular da idéia de mínimo existencial⁹⁵.

Enfim, a partir dessa visão solidária, Axel Gosseries procurou sustentar que a jurisprudência Perruche é inadequada, pois diferentes razões podem contestar a aplicação do direito de responsabilidade que conduziu a reparação do dano à criança.

Sobre a questão do dano, Axel Gosseries nota que não foi discutido se Nicolas sofre com a deficiência, mas deveria ser discutido se a deficiência constitui um dano, se ela faz da vida de Nicolas uma vida injusta.

lógica do direito ao aborto, que passaria para a lógica do dever moral de abortar.

⁹⁵ O mínimo existencial, segundo Ana Paula de Barcelos, seria o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305).

A dificuldade não está, portanto, na causalidade – como os juízes franceses disseram – e sim no dano, entendido como prejuízo, já que se fala em vida injusta, em *wrongful life* – nos termos dos precedentes norte-americanos.

Para que Nicolas tenha sofrido um dano, seria preciso perguntar se a situação atual em que se encontra é pior do que a situação em que se encontrava antes. Diante dessa constatação, as respostas remetem a duas hipóteses. A primeira hipótese leva em conta que os pais decidiriam que teriam a criança, mesmo sabendo que Nicolas nasceria com deficiência. Nesse caso, o erro médico não muda em nada a situação da criança. A segunda hipótese leva em conta que os pais decidiriam pelo aborto, e, nesse caso, Nicolas não teria nascido. O erro do médico é, então, condição necessária para a existência da criança. Portanto, o problema não é apenas metafísico, mas prático, pois os humanos não possuem meios de mensurar a não existência de uma pessoa. Aliás, o valor da não existência dificilmente teria o mesmo sentido para duas pessoas diferentes, principalmente se uma delas convivesse com uma deficiência e a outra não. Portanto, o que está em questão no paradoxo da não existência é o conceito *standard* de dano.

O argumento de Axel Gosseries poderia ser assim desenvolvido: não há maneira de se verificar o dano quando o estado anterior e o posterior não forem passíveis de valoração. É muito difícil afirmar que a vida será sempre preferível à morte, ou que a deficiência é sempre preferível à morte. A rigor, seria preciso perceber que, no caso, morte “não existe”. Somente se existisse a morte haveria sentido em compará-la com a vida para, depois, aplicar o conceito *standard* de dano. Por fim, lembre-se que, especialmente em sociedades multiculturais, o estatuto da morte tem diferentes matizes.

Além disso, seria preciso pensar no estatuto jurídico do feto, tema relativamente problemático. A jurisprudência norte-americana resolveu a questão ao deixar de considerar o feto como pessoa para o direito, ou “pessoa constitucional”, ou seja: o feto não pode reivindicar os direitos e liberdades que exigem o *status* de pessoa, como no caso da décima quarta Emenda à Constituição norte-americana.

Por outro lado, não é considerando que o feto até certa idade não é pessoa que se consegue justificar a legalidade e a moralidade do aborto. Novamente pode-se remeter à decisão da Suprema Corte norte-americana, que optou por situar o aborto no campo da privacidade e depois da liberdade da pessoa, uma liberdade da mulher. Contudo, existe, ainda, um interesse estatal na proteção do direito à vida do feto, após os três meses de gravidez (quando o Estado pode controlar o direito de aborto) e, especialmente, após o feto ser capaz de sobreviver fora do útero da mãe (quando o Estado pode tornar o aborto um crime).

Entretanto, na França – e também nos demais países herdeiros da tradição romano-germânica, como o Brasil – essa é uma questão difícil, pois os conceitos de nascituro, pessoa e sujeito de direito determinam a proteção do direito à vida. Isso gera dificuldades no momento de operar com os conceitos técnico-jurídicos que se instaura uma indeterminação a respeito de quem decide sobre a vida,

bem como do que vem a ser direito à vida digna.

Em geral considera-se sujeito de direito a pessoa nascida com vida. Desse modo, pessoa e sujeito de direito seriam sinônimos. Além disso, a vida inicia a partir do nascimento. Mas essa aparente proximidade com o olhar norte-americano sobre o tema é logo colocada em questão pelos juristas.

Segundo Axel Gosseries, existem algumas hipóteses em que o conceito de dano e de prejuízo podem sim aparecer. Ele menciona o caso da criança que nasceu submetida, irreversivelmente, a atrozes sofrimentos. Nesse caso, apesar da vida não ser pior que a não existência, a doença que a consome faz dela uma vida indigna de seu titular, uma vida que se situa abaixo do solo da dignidade humana, portanto uma vida indigna de ser vivida.

Nesse caso, estabelecer o prejuízo ou considerar tal forma de vida como vida injusta não significa estabelecer comparação entre dois estados: anterior e posterior, mas sim comparar o estado atual da criança em relação a um estado mínimo de dignidade, o que alguns constitucionalistas chamariam de um mínimo existencial.

Nessa linha, permitir o nascimento da criança seria lançá-la ao mundo desprovida de um mínimo existencial, o que causaria danos à criança, pois sua *wrongful life* deveria ter sido descartada. Essa seria uma obrigação moral dos pais, para Axel Gosseries.

Axel Gosseries pensa que, se a existência obrigar um convívio com o sofrimento atroz, então se pode permitir a comparação e verificação de violação ao mínimo de dignidade, ao mínimo existencial.

Ante o exposto, para Axel Gosseries, seria preciso inovar o conceito de dano a ponto de fazer com que os pais plenamente informados sobre os futuros e atrozes sofrimentos pelos quais sua criança poderia passar se vissem moralmente e legalmente obrigados a praticar o aborto, para evitar uma vida indigna de seu titular, uma vida indigna de ser vivida.

Sublinhe-se, igualmente, que se o dano à criança for por ela percebido, a solução para terminar com essa vida abaixo do nível de dignidade é um apelo à eutanásia, e qualquer oposição a esse superior interesse da criança parece ensejar novos motivos para a propositura de ações judiciais sobre o tema recorrente da decisão sobre a vida. Curioso perceber como Axel Gosseries parece não ter se dado conta da armadilha em que ele também caiu.

Ora, tal noção de dignidade é necessariamente destinada a ser vaga e passa a ser logo definida conforme critérios com pretensão de cientificidade estabelecidos pelo poder médico, pelas novas tecnologias, pelo mercado.

Mas Axel Gosseries diz que um princípio geral de direito, ou uma disposição constitucional, podem ser vagos e isso não implica renunciar sua utilização. Ao invocar casos excepcionais, em que considera não ver como um princípio vago poderia alcançá-los – situação das vidas indignas de serem vividas – o que parece ver é a imagem de um direito construído em torno de um conceito vazio, de um

espírito que não revela sua identidade até o momento de sua invocação. As demandas por eutanásia ilustrariam o drama de uma vida não mais situada no terreno da dignidade.

Por fim, mais difícil que diferenciar pessoa e sujeito parece ser responder o que é dignidade⁹⁶. Dentre as múltiplas significações possíveis, Axel Gosseries menciona duas.

A noção de dignidade humana pode visar a normalizar, a restringir ou coagir os viventes à adoção de certo comportamento humano, de um padrão. Parece essa a compreensão de dignidade entre os defensores da chamada Lei “anti-Perruche”, lei que considerou insustentável o argumento da vida como dano. Isso porque tais militantes invocaram a dignidade humana apenas para proibir a queixa de Nicolas Perruche. Desse momento, parece ter sido impedido até mesmo que esse corpo-anômalo reclame de ter nascido, pois isso ofenderia a dignidade do corpo social. Ora, essa compreensão de dignidade é, sem dúvida, “liberticida”.

Entretanto, no sentido proposto por Axel Gosseries, pretende-se que a dignidade seja compreendida de maneira diferente, sem visar julgar o comportamento de um indivíduo como digno ou indigno. A dignidade serviria, então, para indicar que determinadas condições físicas e psíquicas podem marcar a existência de um indivíduo a ponto de ser indigno que ele precise suportar essa dor. Não se trata, portanto, de comportamento indigno, mas sim de condições indignas, mesmo na ausência de comportamento negligente ou danoso que dêem origem a esse mal.

Axel Gosseries visa, enfim, explicar que essa noção de mínimo de dignidade não seria usada como sinônimo de um mínimo de normalidade. Mas como evitar esse problema quando dor e deficiência nascem juntas? O jurista belga procurou explicar que o mínimo de dignidade remete a uma vida muito má, em termos absolutos. Entretanto, o mínimo de normalidade dificilmente remete a uma vida ruim. Com isso, não se contesta a pertinência de uma referência à noção de “criança normal” a fim de avaliar a existência e amplitude do dano aos pais, por exemplo. O que se contesta é a pertinência do alargamento em relação ao conceito *standard* de dano para além dos casos excepcionais de vida indigna.

Note-se a diferença: a referência a uma criança normal para avaliar o dano aos pais é usada por conta dessa virada na medicina, por conta das novas tecnologias que permitem uma predição, que permitem a produção de uma “criança-estatística”, nas palavras de Axel Gosseries.

Contudo, a referência a uma criança normal para avaliar o dano à criança é, ao contrário, usada como “padrão”, como tipo ideal a ser perseguido, mas que o deficiente nunca irá alcançar. Portanto, normalidade teria um conteúdo diferente nos dois casos.

Afirma Axel Gosseries que é preciso rejeitar o segundo modo de emprego de normalidade,

⁹⁶ É representativa a leitura humanista do termo feita pelo jurista brasileiro Ingo Sarlet, para quem a dignidade da pessoa humana é a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60).

sob pena de ser barrada a vida de uma pessoa com deficiência que poderia ter sido feliz mesmo convivendo com a deficiência. Ocorre que, no caso de Nicolas, parece difícil saber a resposta certa sobre o assunto, especialmente porque seria preciso escutar Nicolas. Mas como Nicolas não pode se comunicar, sua vontade é tomada como vontade jurídica, uma ficção que permite seus pais agirem em seu interesse superior. Seria menos complicado pensar essa questão no caso do bebê anencéfalo, que não tem expectativa de vida extra-uterina e que não sente dor em virtude das deficiências decorrentes da má formação de seu tubo neural.

Na tentativa de evitar esses impasses difíceis, a solução oferecida pela tecnociência aplicada à medicina e à genética é controlar a contingência que costumava marcar a irrupção da vida na natureza por meio, por exemplo, de diagnósticos genéticos pré-natais.

Em uma crítica à idéia de dano à criança, defende Axel Gosseries uma proposta mista: deve-se negar a utilização do conceito *standard* de dano na ação proposta por Nicolas Perruche, caso que exige, então, um conceito não *standard* de dano. Porém, nas situações em que a vida da criança esteja necessariamente e irreversivelmente abaixo do nível mínimo de dignidade, pode-se afirmar que existe dano. Essa tomada de posição adquire mais sentido se comparada a uma série de argumentos que, segundo Axel Gosseries, ela não implica.

Toda a preocupação de Axel Gosseries se dirige a construir um argumento que permita uma avaliação da dignidade da vida pelo próprio vivente. É uma preocupação com o lugar do *cogito* entre os *infantes*. Caberia, por exemplo, a Nicolas e a Lionel manifestarem-se sobre o predicado que deve acompanhar sua vida.

Sem dúvida o sujeito titular do direito à vida parece o mais capacitado para avaliar e decidir o rumo de sua própria existência. Aliás, é exatamente por conta disso que se pode aceitar algo como a eutanásia. Em 1974, “três cientistas de fama mundial, o inglês George Thompsom, o americano Linus Pauling e o francês Jacques Monod, todos laureados com o Nobel, assinaram uma declaração a favor da ‘eutanásia humanitária’ (*beneficient euthanasia*), isto é, na sua definição, ‘uma morte rápida, sem dor e considerada um benefício pelo interessado’”⁹⁷. O manifesto gerou diversas repercussões, especialmente no hemisfério Norte, onde foram criadas muitas associações pelo direito de morrer com dignidade, ou pela eutanásia voluntária. Contudo, pensar sobre a eutanásia deveria significar mais que uma análise jurídica sobre o poder de decisão de um sujeito de direito, sobre sua autonomia e dignidade, ou sobre até que ponto esta autonomia do indivíduo rompe com valores e direitos fundamentais ditos indisponíveis.

Mas enfim, depois de tomada a decisão pela eutanásia, parece restar sempre uma desconfiança. Basta pensar em como a sociedade encara o exercício do eventual direito de morrer: quase sempre tentando dissuadir o potencial suicida a não fazê-lo. Já no caso em que o infante envolvido não tem como se expressar, a sociedade parece aceitar perfeitamente uma tomada de decisão

⁹⁷ Conforme a leitura bioética de Yvon Kenis (In : HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 227).

sobre a vida com base no princípio do “superior interesse da criança”⁹⁸, que nada mais é do que o princípio do “adultocentrismo” operando, ou seja, nada mais é do que garantir à criança o que um adulto estima ser o melhor para ela.

Porém, existe um complicado paradoxo a ser apontado: quando a criança com deficiência, representada por seus pais, utiliza a posição de sujeito de direito para reclamar o direito de não nascer, ela pede para que seja eliminado o mal que a permitiu falar.

Diferentemente, Axel Gosseries não pressupõe contradição intrínseca no fato de permitir-se à criança com deficiência alegar prejuízo por ter chegado à vida utilizando-se da figura do sujeito de direito. Mesmo que queira eliminar-se. Colocar-se diante da lei para demandar o reconhecimento do direito de morrer nem sempre seria contraditório. O exemplo da eutanásia parece claro a respeito disso.

Depois dessa crítica, Axel Gosseries tenta desvencilhar-se do argumento que vê como degradante a sentença que reconhece o dano por conta da vida injusta. Para tanto, lembra sua teoria mista, em que o conceito de dano só pode ser usado no caso em que a vida da criança apresente incompatibilidade com a idéia de dignidade mínima.

Nessa linha de raciocínio, para Axel Gosseries, a idéia de valor sagrado de toda a vida não faz sentido quando se aceita – como ele – que há vidas que não valem a pena serem vividas, e que, por respeito aos principais interessados, elas podem e devem ser terminadas.

Conseqüência lógica da sua posição sobre a vida indigna de ser vivida é entender que, nesses casos, o aborto não seria apenas direito, mas também um dever moral dos pais.

O aborto por incompatibilidade irreversível com a dignidade mínima não convive com a idéia de caráter sagrado de toda vida, mas, por outro lado, pode conviver com a idéia de o feto ser considerado uma pessoa: quando a criança que está para nascer se acha irreversivelmente num estado incompatível com o mínimo de dignidade, abortar a vida do feto em nome do respeito à sua dignidade futura coincide com a doutrina que trata o feto como pessoa.

Por sinal, se existisse algo como um “direito de não nascer”, ele poderia ser exercido *erga omnes*, contra todos⁹⁹. Poderia ser oposto em face dos médicos e funcionários da saúde em caso de negligência, bem como oposto em relação aos pais que decidiram correr o risco de transmitir uma grave anomalia genética ao feto¹⁰⁰.

⁹⁸ O chamado Princípio do superior interesse da criança, segundo o qual as decisões que digam respeito à criança devem ter em conta seu interesse superior. Desse modo, o Estado deve garantir à criança cuidados adequados quando os pais, ou outras pessoas responsáveis por ela não tenham capacidade para fazê-lo. Esse é o conteúdo do revogado Código de Menores brasileiro de 1979, em seu artigo quinto, e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

⁹⁹ Essa situação abstrata não parece possível para Axel Gosseries. No caso norte-americano de 1980 *Grodin v. Grodin*, que evoca algo do precedente *Zepeda v. Zepeda*, uma criança processa sua mãe porque nasceu com dentes descoloridos em razão da mãe ter tomado negligentemente tetraciclina durante a gravidez. A Corte de Michigan acolheu favoravelmente o pleito da criança. Contudo, é preciso dizer que relações familiares são restringidas por uma série de obrigações jurídicas que podem fazer uma criança agir contra os pais: caso de violência sexual no seio de uma família, caso em que o afeto faltou e isso gerou danos emocionais. Claro que isso certamente pode destruir a família, mas proibir a ação da criança contra os pais seria, isso sim, inaceitável do ponto de vista dos direitos fundamentais.

¹⁰⁰ “*S’il existait, ce droit de ne pas naître serait d’ailleurs opposable à tous. Aux personnels de santé en cas de négligence de leur part mais aussi aux parents qui décideraient de concevoir un enfant sachant qu’ils risquent de lui transmettre une grave anomalie génétique ou qui, malgré un diagnostic prénatal alarmant, laisseraient la grossesse aller jusqu’à son*

Para Axel Gosseries, uma vez que o conceito de dano seja limitado ao caso em que a vida da pessoa se situa abaixo do nível de dignidade, os riscos de vitória da jurisprudência Perruche estariam limitados.

Axel Gosseries tentou mostrar porque uma interpretação *standard* de dano, como escrita no artigo 1382 do Código Civil francês, não autoriza a leitura do nascimento causar dano à criança. Certamente a jurisprudência da Corte de Cassação francesa ilustrou qual é o risco da interpretação inadequada do artigo 1382. Nos Estados Unidos, onde foram introduzidas, a partir de 1960, as ações por *wrongful life*, as Cortes recusam-se a acolher favoravelmente ações desse tipo.

Portanto, a proposta de Axel Gosseries ao legislador francês se trata de uma emenda à Lei “anti-Perruche”: “um deficiente congênito não é constituído de um dano por seu titular, a menos que ela torne a vida dele irreversivelmente incompatível com a dignidade humana”. Tal proposição, segundo ele, daria lugar a debates mais importantes.

Seu artigo parece um recado aos legisladores belgas, em verdade um pedido para que avaliem se as pessoas com deficiência, em razão de circunstâncias pelas quais não são responsáveis, se beneficiam de alguma compensação social em função da condição de desvantagem em que se encontram. Essa questão busca convencê-los do benefício que a criação de um fundo de indenização para vítimas de erros médicos teria ao ser articulado com um programa de assistência às pessoas com deficiência.

A implementação de um regime de responsabilidade sem dano poderia ser justificada por alguns motivos. Claro que Axel Gosseries não exclui que os pais possam propor ação judicial em nome próprio contra um médico em razão dos custos acrescidos ligados à deficiência ou ao nascimento injusto. Mas ele pensa que não haveria justificação para tanto se a criança com deficiência que nasceu em função de erro médico puder receber, por direito, a indenização do fundo para vítimas de erros médicos destinado às pessoas com deficiência. Dessa maneira, um mecanismo de *égale sollicitude* busca auxiliar com um valor mais ou menos igual o nascimento de qualquer criança com deficiência, seja ela fruto de erro médico, ou não. Esse é o deslocamento do conceito de dano proposto por Axel Gosseries, um deslocamento do âmbito individual ao social.

Assim, a ação de *wrongful birth* seria desnecessária, e também não seria mais preciso nem mesmo provar o erro médico – seja ele um erro no diagnóstico, na omissão do dever de informar etc. – nem provar que a criança nascida é indesejável. Logo, não haveria sentido em tentar provar que o erro médico é inescusável para obter nos Tribunais indenizações mais elevadas do que aquelas que se poderia obter por parte do fundo público de indenização baseado no direito de responsabilidade objetiva, sem culpa.

terme. Il serait opposable en particulier à la mère qui pourrait engager sa responsabilité lorsque, avant ou pendant sa grossesse, elle s'est livrée à des comportements compromettants pour la santé de l'enfant ou qu'elle s'est refusée à des soins qui auraient été utiles”.

Segundo Axel Gosseries, seria necessário articular os diferentes modos de indenização: assistência para pessoas com deficiência, fundo de indenização por erro médico, recurso ao direito comum e ao regime jurídico da responsabilidade civil. Somente desse modo a causa da deficiência – seja ela natural, ou decorrente da ação humana (como em caso de erro médico) – não afetaria o montante da indenização. A única exceção ficaria por conta de casos em que a deficiência vitimar uma pessoa que seja ela mesma responsável por sua deficiência.

Ocorre que, de acordo com a proposta de Axel Gosseries, se aprovado o fundo de *égale sollicitude* ficaria proibido para as pessoas suscetíveis de beneficiarem-se dele um apelo ao direito comum de responsabilidade, mesmo no caso de erro inescusável. Axel Gosseries reconhece que essa proposta não é a única atitude a ser tomada. A existência de escolas para pessoas com deficiência, hospitais, associações mistas que coloquem juntos pessoas com e sem deficiência são também essenciais. Para Axel Gosseries, seria “crucial trabalhar a imagem do deficiente em nossa sociedade”.

Contudo, por mais nobre que pareça a proposta de Axel Gosseries, ela não está distante de um sistema de garantia automática. Na hipótese de ser detectada uma anomalia supostamente incurável, indigna da criança, presume-se que a mãe teria necessariamente de optar pelo aborto. Assim confere-se preponderância ao valor dignidade, ainda que, para tanto, seja preciso conferir à falta da vida um valor positivo e à vida normal um valor nulo.

De outro lado, além de não romper com os valores da sociedade do dano, o sistema de *égale sollicitude* deixa de impor aos médicos uma obrigação de segurança, pois o acompanhamento do nascimento da criança passaria a ser livre de responsabilidade, ao contrário do acompanhamento dos pais.

De um sistema de responsabilidade a um sistema de *égale sollicitude* o que muda é a garantia automática. Todo o nascimento de uma criança com deficiência diz respeito também à nação, independente de haver nexo de causalidade.

A garantia total, e o deslocamento do conceito de dano, em verdade, parecem conferir mais poderes aos médicos e às novas tecnologias, abrindo espaço para o grande mercado da criação dos seres.

A bondade de uma proposta como a da *égale sollicitude* não parece neutra, pois naturaliza não a “inclusão” das pessoas com deficiência, mas sim a solução para a ação por vida injusta que foi abandonada pela França, depois da promulgação da Lei “anti-Perruche”.

Trata-se de inscrever no corpo regras e normas culturais a fim de modelá-lo e socializá-lo, desde o nascimento. Assim sendo, o corpo passa a exteriorizar o significado das coisas, a ponto de tornar-se objeto da pessoa e sua vontade individual e também objeto do mundo.

CAPÍTULO 2

Direitos subjetivos da personalidade, humanismo jurídico e a crítica de Bernard Edelman

O julgamento do Acórdão Perruche e a resposta de Axel Gosseries dizem respeito a sociedades em que as novas tecnologias aplicáveis à saúde humana, em aliança com o capital, permitem que o sujeito de direito exerça sua autonomia jurídica de modo a colocar em circulação atributos próprios. Esses direitos que recaem sobre si mesmo, não sobre coisas externas, foram denominados direitos da personalidade.

O sujeito de direito é a figura que opera o trânsito jurídico entre outros sujeitos de direitos, na ordem civil, em relação às coisas externas¹⁰¹. Coisas externas seria a designação material da noção de

¹⁰¹ Segundo Cláudio Ari Mello: “O centro de gravidade dos direitos subjetivos estava na proteção da propriedade, com os códigos limitando-se a regular a atividade econômica do homem-proprietário. De fato, os códigos tutelavam os institutos da

objeto na relação jurídica. Os objetos são como externalidades da própria esfera subjetiva. Porém, existem bens ligados ao próprio sujeito, que dizem respeito às suas características e sobre os quais recaem direitos ou interesses diferenciados daqueles atribuídos ao sujeito sobre coisas. São os chamados direitos da personalidade¹⁰².

O Código de Napoleão francês de 1804 e o Código Civil brasileiro de 1916 não faziam nenhuma menção aos direitos da personalidade, mesmo tendo sido este tema discutido desde o século XVI. Em verdade, essa espécie de direitos não é tratada porque havia um problema teórico, qual seja: os direitos subjetivos, para esses Códigos, são direitos de pessoas sobre coisas, mas os direitos da personalidade são direitos sobre características próprias, sobre si mesmo¹⁰³. Tais direitos recaem sobre a base física e psicológica do indivíduo e seu tratamento revela uma ambivalência, pois os direitos da personalidade podem ser dispostos por seu titular, mas, ao mesmo tempo, eles também devem ser protegidos juridicamente, o que, em muitas situações, pode contrariar a própria vontade desse titular.

Sobre a doutrina européia dos direitos da personalidade, François Rigaux¹⁰⁴ lembra que Kant, na “Doutrina do Direito”¹⁰⁵, qualificou como “pessoal” o direito do autor sobre seu escrito. Isso porque Kant já haveria percebido que a classificação romana que dividia direitos reais e obrigações pessoais seria insuficiente para afirmar o direito pessoal do autor, um direito que se refere a uma categoria nova, aquela dos direitos da personalidade. Os chamados direitos da personalidade buscariam, então, proteger toda a expressão do ser, tanto o corpo da pessoa concreta como a projeção abstrata de sua alma. No exemplo do direito do autor como direito pessoal, o que está em jogo é exatamente a

propriedade (...); mesmo quando regulavam a vida familiar, concentravam-se especialmente no regime de bens da relação matrimonial. Nesse sentido, é perfeitamente adequado qualificar o direito privado da primeira codificação como patrimonialista, em consonância com os fundamentos culturais, políticos e econômicos que ensejaram o surgimento dos primeiros códigos civis. Como se sabe, foi a hegemonia política e econômica da burguesia que reivindicou a segurança e a certeza como os valores máximos a serem garantidos pelos sistemas jurídicos. Além disso, a sociedade burguesa colonizou o direito a fim de instrumentalizá-lo para assegurar condições sociais, políticas e econômicas propícias para a reprodução do seu modelo de sociedade. O direito privado foi o instrumento político-jurídico por excelência do projeto social da burguesia. O homem era filtrado na sua recepção pelo sistema jurídico. Os códigos civis cuidavam apenas de regular as relações com repercussão patrimonial estabelecida pelas pessoas. Tudo quanto escapava à órbita do patrimônio desinteressava ao direito privado. Ora, essa situação era uma consequência natural dos fundamentos ideológicos do direito privado liberal. O grande sonho burguês era reduzir o homem a proprietário-contratante”. (MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade*. In: O novo código civil e a constituição. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 69-70).

¹⁰² Conforme Eroulths Cortiano Júnior: “A personalidade é um conjunto de caracteres (individualidade, consciência e liberdade) pelos quais as pessoas distinguem-se das coisas e, mesmo, das outras pessoas. A conjugação destas características dá identidade (no sentido de autenticidade) à pessoa. A idéia de personalidade é, pois, essencial ao direito: este serve para garantir aquela” (CORTIANO JÚNIOR, E. *Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curitiba: 1993, p. 3). Nesse passo, explicita José Antônio Peres Gediél que “a expressão no singular ‘direito da personalidade’ corresponde ao entendimento doutrinário denominado sistema unitário, que reconhece a existência de um direito geral da personalidade. A expressão no plural ‘direitos da personalidade’, por sua vez, corresponde ao entendimento doutrinário denominado sistema plural ou pluralista, que admite a existência de distintos direitos personalíssimos relativos à personalidade humana”. (GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 53, nota de rodapé nº 90).

¹⁰³ Cláudio Ari Mello assim se pronuncia sobre os direitos da personalidade: “são direitos subjetivos que protegem a identidade e a subjetividade do *self* do homem, não as coisas externas que se sujeitam ao ter do homem”. (MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade*. In: O novo código civil e a constituição. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 71-72).

¹⁰⁴ RIGAUX, François. *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Bruxelles: Maison Larcier, 1992, p. 114.

¹⁰⁵ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 122-124.

proteção de uma projeção da singularidade do sujeito corporificada em uma obra de arte.

Categoria enunciada e defendida em 1832 pelo romanista Puchta, os direitos da personalidade serão muito discutidos pela doutrina alemã do final do século XIX e início do século XX. Na tentativa de precisar o objeto e o conteúdo dos direitos da personalidade (*persönlichkeitsrechte*), a doutrina alemã do século XIX buscou indicar as causas da aparição de uma noção ignorada pelo direito romano e pela tradição medieval. Ora, quando se fala em conteúdo dos direitos da personalidade, nota-se uma reapropriação, uma reaproximação verbal que associa direitos da personalidade à proteção da pessoa humana. Isso por conta da profunda influência da Escola do direito natural dos séculos XVII e XVIII, e das grandes Declarações de Direitos de 1776 e 1789, que irão marcar o compromisso do direito com a proteção da vida, da integridade física dos sujeitos, ao mesmo tempo em que é garantida a autoridade do soberano, que encarna a ordem jurídica objetiva¹⁰⁶.

Mas frise-se que os chamados direitos da personalidade marcam um novo momento do jusnaturalismo, que passou a adotar uma visão essencialmente subjetivista. A partir de então foram lançadas as bases para a subjetivação dos direitos, para uma leitura capaz de revelar os direitos inalienáveis dos indivíduos e tratá-los como verdadeiros direitos dos sujeitos.

O apelo à divindade como ser supremo, bastante claro na Declaração de Independência dos Estados Unidos, afirma que todos os homens recebem a doação pelo Criador de certos direitos inalienáveis, como o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade. De acordo com tal pensamento, o homem seria um ente criado por Deus e a lei natural obrigaria a conservação da sua pessoa.

Assim sendo, emerge uma discussão entre os romanistas que se tornou clássica entre os juristas. Em verdade, toda a questão da legitimidade do suicídio está articulada com esse solo filosófico e também com a doutrina dos direitos da personalidade.

Rigaux busca mostrar como, de acordo com o romanista alemão Savigny, a doutrina dos direitos da personalidade deveria ser rejeitada e criticada. Contrapondo-se a Puchta, Savigny pensa que esses direitos que recaem sobre si mesmo, os direitos da personalidade, terminariam por legitimar o suicídio. A partir de outros fundamentos, Kant também condenou o suicídio, em virtude de sua concepção racional de imperativo moral. Para Kant, conservar a vida seria um dever moral a ser obedecido por toda a humanidade¹⁰⁷.

Mas a posição crítica de Savigny em relação à doutrina dos direitos da personalidade ocupou um lugar acessório na motivação da doutrina alemã, toda ela preocupada com a justificação que permitisse a transição de uma teoria do direito natural objetivo para a teoria subjetivista do direito

¹⁰⁶ RIGAUX, François. *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Bruxelles: Maison Larcier, 1992, p. 115-116.

¹⁰⁷ “O imperativo categórico, que enuncia de uma maneira geral o que é obrigatório, pode ser formulado assim: age segundo uma máxima que possa ao mesmo tempo ter valor de lei geral. Podes, portanto, considerar tuas ações segundo seu princípio subjetivo; mas não podes estar seguro de que um princípio tem valor objetivo exceto quando seja adequado a uma legislação universal, isto é, quando este princípio pode ser erigido por tua razão em legislação universal”. Esse princípio supremo da moral obriga o homem a agir segundo uma máxima que possa ter valor como lei geral. E toda máxima que não seja suscetível dessa extensão é contrária à moral. Assim Kant condena o suicídio, algo impossível de se tornar lei universal (KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 39-40).

natural, no fim do século XVIII.

Ocorre que as conseqüências dessa virada iniciada no continente europeu só seriam sentidas mais tarde, pois é com a doutrina norte-americana da *privacy*, em articulação com o “direito ao aborto”¹⁰⁸, que o tema da legitimidade do suicídio ganharia contornos subjetivos.

Nessa linha de raciocínio, homem e mulher seriam guardiões de seu próprio corpo. Por isso mesmo, quando a Suprema Corte reconheceu em *Roe* o direito ao aborto, ficou estabelecido que a mulher, protegida pela penumbra da privacidade, poderia dispor de parte de seu corpo sem sofrer retaliações, poderia cometer um “suicídio parcial”, já que quem pode o mais, pode também o menos, ou seja, a mulher pode optar por interromper voluntariamente sua gravidez.

E se isso pôde acontecer, talvez os Direitos do Homem e do Cidadão constantes das Declarações de 1776 e de 1789 mereçam uma reflexão renovada. Essa nova percepção poderia tratar os direitos naturais do homem como investidos de uma inalienabilidade e de uma sacralidade a serviço da humanidade e de si mesmo. Logo, no plano do Criador, seria inalienável e sagrado o direito do feto, mas no plano subjetivista, no plano do direito subjetivo, o sujeito tem o poder jurídico de senhorio sobre seu corpo, de modo que esse suicídio parcial, que é abortar um pedaço de si, pertence a uma zona de liberdade legítima e legal da mulher, nos termos da doutrina norte-americana da *privacy*.

Claro que essa é uma etapa em desenvolvimento da doutrina dos direitos da personalidade na Europa Continental e sua peculiar recepção na América do Norte. Por longa data ainda iria vigorar uma visão sobre o domínio do corpo humano pelo sujeito mais vinculada a uma dimensão espiritual, idealista. Tal doutrina dos direitos da personalidade concebe o agir humano do sujeito mediado por valores que evitariam a transformação do corpo em um objeto passível de apropriação de natureza econômica.

No campo das relações privadas, a doutrina dos direitos da personalidade costuma incluir no rol de prerrogativas do sujeito humano aquela titularidade que recai sobre si mesmo, que faz do corpo da pessoa e da expressão de seu ser um objeto de titularidade de direitos atribuíveis ao sujeito.

Foi a partir do contexto do século XIX que a doutrina dos direitos da personalidade verificou o duplo aspecto desses novos direitos. Ao longo do século XX isso fica mais evidente, pois os direitos da personalidade passaram a significar direitos do cidadão perante o Estado e também perante os demais indivíduos. Mas para se chegar a uma dimensão pública e constitucional desses direitos, fez-se necessário superar uma questão teórica central.

Segundo a análise de Rigaux, o sistema de Savigny distingue a matéria e o dispositivo jurídico, o elemento material e o elemento formal (como no direito romano). Savigny criticou a definição proposta por Puchta, pois ao se reconhecer um direito do homem sobre si, um *ius in se*

¹⁰⁸ Reconhecido a partir de 1973 pela Suprema Corte norte-americana, por ocasião do julgamento do caso *Roe v. Wade*. Note-se que, de acordo com a terminologia do direito continental europeu o aborto é um direito subjetivo da personalidade da mulher, não apenas zona de privacidade ou de liberdade que impõe afastamento e abstenção do Estado.

ipsum, estaria legitimado o suicídio¹⁰⁹. Mas mais do que isso, Savigny verificou que a liberdade de pensamento nesse sistema seria apenas um efeito de um direito de propriedade do sujeito sobre suas faculdades espirituais¹¹⁰.

Puchta, partindo da mesma noção de Savigny para designar a matéria das relações naturais submissas ao direito, distinguiu o campo do mundo material do campo da obrigação pessoal, e identificou um outro campo, o do direito do sujeito sobre a própria pessoa, o campo do direito da personalidade (*das recht der persönlichkeit*)¹¹¹.

Os dois grandes romanistas alemães da segunda metade do século XIX, Ihering e Windscheid¹¹², se afastam de seus predecessores. Para Ihering, os direitos da personalidade são a exceção da idéia de que todos os direitos privados se reportam a um objeto externo ao sujeito. Nesse sentido, o direito da personalidade seria um direito sem correlação, um direito absoluto, intransitivo, diferente de todos os outros, que seriam direitos transitivos. Os direitos da personalidade não se enquadrariam nem no campo do direito pessoal (direito de família e direito das obrigações), nem no campo do direito das coisas (direitos reais e direitos das sucessões). Windscheid reaproximou o direito sobre a própria pessoa dos direitos reais, restituindo o direito da personalidade ao campo do que é transitivo.

Durante o fim do século XIX, a doutrina dos direitos da personalidade passa a mencionar o direito do autor como reflexo dos direitos da personalidade, principalmente Gareis e Kohler.

Ainda segundo Rigaux, para Gareis o direito do autor seria um direito da personalidade que tem como origem o direito de propriedade. Já Kohler define o direito do autor como bem da personalidade¹¹³.

Nessa época emerge na Alemanha o conceito de direito patrimonial imaterial, juntamente com o direito do autor como direito da personalidade.

Assim, ao término do século XIX, a doutrina civilista alemã sobre os direitos da personalidade enveredou para um outro caminho. Os direitos da personalidade ingressaram na classificação dos direitos privados, quando passaram a ser distinguidos: os direitos sobre a própria pessoa; os direitos reais; os direitos sobre outras pessoas (direitos de crédito, de família, das associações, de sucessões)¹¹⁴.

Nesse passo, os direitos da personalidade vão conferir a seu titular o senhorio sobre os

¹⁰⁹ Essa problemática está narrada na Introdução ao Direito Civil de Orlando Gomes, na página 149. (GOMES, Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 18 ed, 2000). Cumpre, porém, destacar o ensinamento de José Antônio Peres Gediel: “O poder de vontade individual apresenta-se como o ponto central para a compreensão do direito subjetivo, mas também é de fundamental importância o fato de esse poder ser atribuído ao indivíduo pela ordem jurídica estatal. Vale dizer, não é um poder natural, imanente, e moral, mas sim concedido pelo Estado, sem preocupações morais, ou, em outras palavras, o direito objetivo é que cria o direito subjetivo e determina sua moralidade”. (GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 24).

¹¹⁰ RIGAUX, François. *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Bruxelles: Maison Larcier, 1992, p. 120.

¹¹¹ RIGAUX, François. *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Bruxelles: Maison Larcier, 1992, p. 121.

¹¹² RIGAUX, François. *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Bruxelles: Maison Larcier, 1992, p. 122.

¹¹³ RIGAUX, François. *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Bruxelles: Maison Larcier, 1992, p. 122.

¹¹⁴ RIGAUX, François. *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Bruxelles: Maison Larcier, 1992, p.123.

elementos que compõem sua esfera de vida. E com a emergência do direito do autor, dos direitos intelectuais, afirma-se a proteção da singularidade do sujeito, singularidade essa que concerne especialmente à vida privada.

Portanto, como afirma Rigaux, a doutrina alemã contemporânea do “direito geral de personalidade” tem raiz no século XIX¹¹⁵.

Contudo, certos juristas alemães contestaram a inserção dos direitos da personalidade nas categorias e campos do direito civil, pois o lugar do direito da liberdade seria o direito público. Rigaux explica que, por exemplo, para Jellinek, quando uma pessoa é elevada à qualidade de sujeito de direito pelo Estado, sua personalidade recebe qualificação de direito público¹¹⁶. Por isso Jellinek afirma que a vida, a saúde, a liberdade e a honra não são objetos que o homem possua, mas efeitos reflexos garantidos por normas objetivas, por normas administrativas. Segundo tal posição, o objeto de um atentado ilícito não seria o direito de um sujeito, mas sim o sujeito de direito.

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

Eroulths Cortiano Júnior, assim narra essa dificuldade teórica:

“A figura do direito subjetivo serviu como pano de fundo para a proteção da personalidade, como se utilizasse uma velha roupa para vestir uma nova pessoa. Jogou-se os direitos da personalidade na mesma vala comum daqueles direitos reais e obrigacionais, com poucas especificações. Tratou-se então estes importantes direitos como um terceiro gênero de direito subjetivo, que se classificava como extrapatrimonial, mas absoluto (e, além disso, com outra diferenciação: direitos inatos ao homem). A posição – talvez por um corolário lógico, talvez por acomodamento da doutrina, e talvez pelo cerceamento teórico que marcou o direito privado, tido como mero protetor de interesses patrimoniais – ainda é amplamente aceita”¹¹⁷.

O Código Civil brasileiro de 2002, por sua vez, trata dos direitos da personalidade. O capítulo II é chamado “Dos direitos da personalidade”. O uso do plural significa que existem vários direitos subjetivos da personalidade¹¹⁸, sobre os quais recaem as tutelas jurídicas, o que corresponde, em parte,

¹¹⁵ RIGAUX, François. *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Bruxelles: Maison Larquier, 1992, p. 127.

¹¹⁶ RIGAUX, François. *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Bruxelles: Maison Larquier, 1992, p. 125.

¹¹⁷ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 35.

¹¹⁸ Os direitos subjetivos, de acordo com a noção clássica, consistem em faculdades atribuídas a um indivíduo por parte do ordenamento jurídico. Seria facultado ao indivíduo fazer uso deste direito, apesar de haver necessários respeito e abstenção em relação a ele por parte dos demais sujeitos e do Estado. Portanto, “Os direitos da personalidade constituem uma

ao posicionamento da corrente teórica que preconiza a existência de direitos da personalidade, desde que previstos em *numerus clausus*, ou seja, que a lei deve enumerar os direitos subjetivos tutelados pela ordem civil.

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

Essa dualidade de concepções teóricas se dá, portanto, porque os direitos da personalidade são inicialmente pensados como atributo da pessoa (*ius in se ipsum*¹¹⁹), mas sua força normativa depende de sua posituação como direito subjetivo, vinculados à titularidade de um sujeito de direito. Por isso, embora a idéia de pessoa e de direitos inerentes à pessoa seja temporalmente anterior à noção de direitos da personalidade como direito subjetivo (século XVI), esta última idéia se apresenta mais adequada ao movimento de posituação e codificação dos direitos no século XVIII.

Também por essa razão, os direitos da personalidade começam a ser identificados no Direito Civil moderno com base na jurisprudência, no campo da responsabilidade civil¹²⁰, que fornece a tutela de aspectos ligados à pessoa, ente moral, que dá sustentação à autonomia do sujeito. Mas a efetividade jurídica dessa tutela passa pela mediação do sujeito de direito em juízo.

As duas tendências, a do tratamento específico e a do “direito geral de personalidade”, estão expressas na Constituição Federal de 1988. Na cláusula da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que há condições de se identificar o direito geral de personalidade¹²¹, enquanto o artigo 5º

categoria autônoma entre os direitos subjetivos, sendo certo que esta autonomia provém do caráter essencial que apresentam por causa da especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo”. (MATTIA, F. M. de. *Direitos de Personalidade: Aspectos Gerais*. In: CHAVES, A. Estudos de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 105). Francesco Galgano, por sua vez, diz que os direitos da personalidade diferem dos demais direitos subjetivos por não estarem sujeitos à mutável avaliação do ordenamento. (GALGANO, F. *Diritto Privato*. Casa Editrice Dott: Antonio Milani, 1996, p. 88).

¹¹⁹ “Na Idade Média, o *ius in se ipsum* significava a faculdade que Deus concedia a cada indivíduo de se obrigar a si mesmo, relativamente ao uso de sua alma e de seu corpo, que pertenciam a Deus, para serem livremente dispostos em vida. O conteúdo medieval dessa faculdade não contemplava o corpo humano como coisa externa ao sujeito, pois a externalidade do corpo ao sujeito é marca do pensamento moderno, e que se encontra presente também no pensamento jurídico”. (GEDIEL, J. A. P. *Os transplantes de órgão e a invenção moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 29).

¹²⁰ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 34. Diz, ainda, Bittar que a jurisprudência é a consagração formal dos direitos da personalidade: “esses direitos constituem criação pretoriana, recebendo na doutrina a formulação própria. A jurisprudência tem procurado deduzir os princípios e características comuns dos diferentes direitos, no sentido de assentá-los e possibilitar-se a sua sistematização”. (BITTAR, C. A. *Os Direitos de Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 51).

¹²¹ “Se, de uma perspectiva, o princípio da dignidade possui uma dimensão objetiva, a partir da qual se podem extrair valores éticos e princípios jurídicos que devem reger a vida em sociedade, de outra ele possui também uma dimensão

revela uma tendência de alguns direitos da personalidade estarem explicitados, um a um, como direitos fundamentais.

Os artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro de 2002 trazem certa ambivalência, talvez por conta do ecletismo das duas teorias. O Código Civil é eclético quando, por exemplo, no artigo 11¹²², traz a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, pois tais características são consideradas a partir de uma visão jusnaturalista, ou seja, preocupada com a pessoa como ente moral. Assim sendo, os bens, ou melhor, os direitos da personalidade, não poderiam ser objeto de relações jurídicas. Contudo, na ordem civil, há também margem para o sujeito renunciar ou admitir que esses direitos sejam transmitidos, de acordo com a previsão legal.

O artigo 12 do Código Civil brasileiro de 2002, em seu turno, dispõe sobre a possibilidade de exigir que cesse a ameaça ou lesão a direito da personalidade, podendo gerar reclamação por perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei¹²³. Tal previsão evidencia como os homens e seus bens podem ter representação quantificável em pecúnia, tal qual as coisas. A ordem jurídica abriu um espaço que permite a troca dos direitos de personalidade, como diz o artigo 11 do Código Civil brasileiro de 2002 ao utilizar a expressão “com exceção dos casos previstos em lei”. Essa, aliás, é uma outra dualidade presente em nosso ordenamento jurídico.

Tais ambivalências, a partir da visão de Diogo Leite de Campos, demonstrariam que “os direitos da personalidade, no discurso do jurista e nas representações sociais, têm a sua natureza adulterada. De instrumentos de defesa do ser humano contra a onnipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da onnipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o *eu* e os *outros*”¹²⁴. Tal afirmação é comprovada pelo jurista por meio de alguns exemplos concretos, dentre os quais cabe destacar o seguinte:

“Um casal procria um filho para que este forneça medula óssea a um irmão atingido de leucemia. O ser humano, fim em si mesmo, sede autônoma de valores, é produzido com vista a um fim que lhe é estranho e, mesmo, hostil. O direito à vida de um ser (o irmão doente) é afirmado como superior ao direito à integridade física do irmão mais novo. (E se este falecer

subjettiva e permite que dele sejam extraídos direitos subjetivos destinados a proteger juridicamente aspectos da dignidade da pessoa humana, dentre os quais se encontram os direitos da personalidade. Por conseguinte, dogmaticamente parece correto assentar o princípio da dignidade da pessoa humana, por um lado, como a sede normativa do direito geral de personalidade, e, de outro, como a cláusula geral material do direito de personalidade no direito brasileiro”. (MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade*. In: O novo código civil e a constituição. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89).

¹²² Artigo 11 – Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são *intransmissíveis* e *irrenunciáveis*, não podendo o seu exercício sofrer *limitação voluntária*.

¹²³ Artigo 12 – Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

¹²⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação*. Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, nº 43, fevereiro de 1991, p. 5.

por causa da extração da medula?) E é afirmado como superior ao Direito enquanto ordem, que proíbe a extração de tecido sem consentimento do lesado. A vítima não fala, não pode exprimir a sua vontade, está amordaçada. Os pais exercem um poder sobre ela: são mais fortes”¹²⁵.

Atualmente, por meio da reprodução assistida, o desejo de indivíduos que não podem, ou não querem, ter um filho pelas vias biológicas ditas “normais” pode ser satisfeito graças aos avanços tecnocientíficos. Dessa maneira, se “os anos 60 trouxeram o sexo sem procriação, os 80 trouxeram a procriação sem sexo”¹²⁶, de modo que, para Laymert Garcia dos Santos,

“(…) o leque de opções para a satisfação desse desejo amplia-se ininterruptamente: das inseminações artificiais à possibilidade de clonagem humana, passando pelos bebês de proveta, os bancos de esperma, as barrigas de aluguel, a comercialização de ovos e embriões, e as promessas da engenharia genética para a geração da ‘criança perfeita’. Ora, a abertura desse campo está criando situações inéditas. Na Inglaterra, uma jovem deseja conhecer a experiência da imaculada concepção porque se identifica com a Virgem Maria, enquanto um casal de gays e um casal de lésbicas desejam constituir um novo tipo de família. Na Itália senhoras de idade desejam ser mães. Clientes japoneses viajam para contratar barrigas de aluguel no exterior porque a atividade é ilegal em seu país. Nos Estados Unidos, diversos bebês gerados por mães substitutas vêm sendo abandonados porque nasceram com o sexo errado; ao mesmo tempo, disputas judiciais colocam aos juízes a responsabilidade de ter de decidir quem é a mãe: a mulher que forneceu o óvulo ou aquela que portou e pariu a criança? Em todo o mundo as concepções tradicionais de vida, de morte, de procriação, de filiação, de parentesco estão sendo implodidas e é grande a controvérsia em torno do momento em que o material humano passa a ser pessoa”¹²⁷.

Percebe-se, portanto, que a ambivalência dos direitos da personalidade gera diversas questões, cujas soluções não foram elaboradas pelo Direito, permanecendo inquietações como a de François Ost: “onde estará o ainda sujeito, quando lhe é progressivamente dissociado o corpo, tratado cada vez mais como uma coisa e cada vez menos em relação com a pessoa?”¹²⁸.

¹²⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. *Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação*. Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, nº 43, fevereiro de 1991p. 6.

¹²⁶ Como diz Lori Andrews, citado por A. Kimbrell em *The human body shop – the engineering and marketing of life*, Penang (Malásia): The Third World Network, 1993, p. 68.

¹²⁷ SANTOS, Laymert Garcia dos. *Polítizar as novas tecnologias*, São Paulo: 34, 2003, p. 239.

¹²⁸ OST, François. *A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito*. Lisboa, p. 95.

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

Assim, o núcleo sobre o qual se costuma apoiar a maior parte das reflexões ou ações que venham atingir os seres humanos, direta ou indiretamente, encontra na dignidade humana, declarada no texto do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil¹²⁹, promulgada em 1988, o ponto de partida e o fundamento último da concepção política, social e cultural, ainda dominante nas sociedades ocidentais contemporâneas.

O princípio da dignidade da pessoa humana, dessa maneira, é compreendido como limite da pesquisa¹³⁰ e sua aplicação na área biotecnológica, além de um direito fundamental.

Admitindo-se que os direitos da personalidade são os direitos que recaem sobre si, resta a questão do si.

Ao escrever sobre o tema dos direitos da personalidade, Bernard Edelman procurou responder a pergunta¹³¹: o que somos nós para o Direito?

Acolhendo os marcos teóricos marxistas, Edelman percebeu como o Direito sanciona sua própria ideologia em uma dupla faceta: torna eficaz a relação de produção e, desse modo, reflete as idéias que o homem tem de suas relações sociais.

Então, a realidade social não poderia ser compreendida mediante conceitos jurídicos, até mesmo porque a consciência do jurista é quase sempre uma “má consciência”¹³². Má consciência exatamente porque toma relações jurídicas por relações humanas, o que nada mais seria do que a incorporação da “alma” capitalista.

Se as categorias jurídicas têm verdade objetiva apenas enquanto refletirem as relações sociais reais e historicamente determinadas, Edelman pode alertar para a “ilusão antropológica do direito” ao julgar que pronuncia o “discurso eterno sobre o homem eterno”. Ao encher o espaço político, o direito não fazia mais que sancionar “o poder político para santificar a propriedade privada”¹³³.

Para os marxistas, as formas jurídicas não determinam nunca o conteúdo do que é tornado eficaz. E esta eficácia provém da coerção que emana de todo o aparato estatal. A relação entre conteúdo e eficácia do conteúdo seria puramente ideológica. Nas palavras de Edelman: “Em direito, o ‘eu quero’ é um ‘eu posso’; o contrato é um acto hegeliano: um puro encontro de vontades”¹³⁴. Mas

¹²⁹ O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 trata do princípio da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

¹³⁰ Nesse sentido: GARCIA, Maria. *Limites da Ciência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹³¹ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 45.

¹³² EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 21.

¹³³ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 18.

¹³⁴ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 19.

seria preciso pensar o Direito diferentemente, pensar o seu funcionamento. Por isso mesmo Edelman pretendeu fazer um discurso sobre as condições de produção de categorias jurídicas necessárias à prática do direito.

Para Edelman, o ato de nascimento de toda a ideologia jurídica do Ocidente pode ser identificado com o postulado segundo o qual o homem é por natureza um sujeito de direito¹³⁵. A função desse enunciado é exatamente transformar a arte do direito em uma prática abstrata.

O Direito começa pela pessoa que é todo o sujeito de direito, ou seja, pessoas aptas a serem titulares de direitos e obrigações (sendo indispensável a esta construção a noção de direitos de personalidade). A pessoa humana será sujeito de direitos independentemente de sua vontade e somente a pessoa livre, ou seja, sujeito de propriedade, é concebida como sujeito de direito.

Edelman analisa e critica a explicação jurídica do conceito direito subjetivo. Savigny, por exemplo, que definiu direito subjetivo como poder reconhecido ao indivíduo pelo direito objetivo, teria mantido integralmente o “mistério deste direito objectivo” já que, paradoxalmente, “é o sujeito que determina o sujeito”¹³⁶.

Ihering, por sua vez, definiu direitos subjetivos como aqueles que servem para garantir os interesses da vida, os bens de natureza moral tal como a personalidade, a liberdade, a honra e os laços familiares. No entanto, Edelman também o critica, pois a questão continua presa ao binômio liberdade-interesse já que um protege ou justifica o outro.

O homem, então, parece ter um poder jurídico que lhe é conferido pelo conceito de direito objetivo. E é a existência de um sujeito que faz o Direito, o Estado, que dá coerência e unidade à norma de direito o que, por sua vez, implica a “sujeição do sujeito de direito ao Sujeito”¹³⁷.

Oculto nestas idéias está o funcionamento de toda uma ideologia, uma tautologia que faz com que os juristas vejam nos conceitos jurídicos o verdadeiro fundamento das relações de propriedade reais, sem perceber a trama das relações de produção. Segundo Edelman, “A prática jurídica remete para a ideologia da sua própria prática; a do Código Civil, a do Código Penal, a dos Tribunais”¹³⁸.

Ao tratar dos problemas jurídicos levantados pelo desenvolvimento técnico e econômico do cinema e da fotografia, Edelman apresenta a seguinte tese: a produção jurídica é a produção de um sujeito cuja essência é a propriedade e cuja atividade só pode ser a de um proprietário privado. Assim sendo, haveria um conteúdo contraditório na propriedade literária e artística porque aqui há “sobreposição sobre uma propriedade já estabelecida”¹³⁹.

¹³⁵ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 27.

¹³⁶ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 30.

¹³⁷ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 34.

¹³⁸ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 36.

¹³⁹ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 44.

De acordo com a visão marxista de Edelman, o sujeito faz seu o real que é também de outra pessoa, pois o fotógrafo, por exemplo, capta na lente objetiva a propriedade de outro: imagem, movimento, vida privada. Isso marca o que Edelman denominou “sobre-apropriação do real”. A criação do artista, em certo momento, demandou a criação de um novo direito. Foi nesse sentido que o direito do autor passou a ser classificado como direito subjetivo da personalidade do artista. Contudo, como demonstrou Edelman, com a fotografia e com o cinema, a captação de uma imagem é a captação também de um direito da personalidade, de uma expressão da singularidade de um sujeito de direito. Nesse passo, opera-se uma sobre-apropriação do real.

Para provar seu argumento, o autor problematizou duas teses: a propriedade literária e artística é uma propriedade; essa forma-propriedade produz o sujeito de direito.

Com seu primeiro teorema, Edelman mostra como através da ficção jurídica da propriedade imaterial a criação invisível fruto do pensamento do homem transforma-se em algo visível, em propriedade privada. A resposta jurídica da reparação de danos em casos de judicialização da vida reforça essa tese.

Já com o segundo teorema, Edelman mostra como o real é produção do sujeito, pois “O estatuto da vontade postula a apropriação privada de toda a natureza”¹⁴⁰. O domínio público é propriedade comum, ou seja, pode-se fotografar aquilo que está em sua vista e sua apropriação não prejudica ninguém. Ora, se um autor limitar-se a reproduzir o domínio público não haverá proteção ao seu direito autoral, pois é preciso não apenas reproduzir, mas também criar, produzir o real para usufruir da proteção jurídica¹⁴¹.

Na produção do fotógrafo e do cineasta encontra-se um real que já pertence sempre a outrem. O Direito foi, com isso, surpreendido, porque até certo momento só conhecia aquela arte dita “manual”. A primeira resposta jurídica quanto à possibilidade de considerar-se o trabalho do fotógrafo como sobre-apropriação do real foi negativa. Isso porque toda a criação artística dos primeiros fotógrafos e cineastas seriam apenas criações maquínicas, era como se fosse um trabalho sem alma. Contudo, em um segundo momento, passou-se a reconhecer alma a este trabalho tendo em vista, especialmente, as necessidades de proteção legal da indústria fotográfica e cinematográfica.

Na etapa histórica do nascimento jurídico da fotografia e do cinema, há uma relação do homem com a máquina. Esse processo puramente mecânico foi desqualificado e, conseqüentemente, no plano jurídico, a arte produtora da máquina não poderia ser equiparada à arte criadora de um pintor, que produz com alma.

Assim, num primeiro momento “a actividade de um homem pode ser a simples actividade de

¹⁴⁰ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 48.

¹⁴¹ “O real deve tornar-se a produção do sujeito para ser protegido pela lei” (EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 51).

uma máquina e a sua própria actividade o transforma em máquina”¹⁴². Mas esta resistência do Direito começa a se transformar com a efetiva tomada do cinema e da fotografia pela indústria. Aí, passa-se de um trabalho sem alma para um trabalho artístico como exigência das relações de produção. Sua importância econômica impôs essa mudança.

Narra Edelman que, na Alemanha, desde 1880, ocorre um crescente aumento no número de processos judiciais que envolvem fotógrafos. O mesmo se passou na França. Nessa mesma época cerca de 50 mil pessoas vivem da fotografia e não era sequer possível recusar-lhes proteção jurídica. Assim, para Edelman: “o reconhecimento da qualidade de fotógrafo se tornava uma necessidade da indústria. Estas novas forças produtivas tinham de encontrar meio da sua eficácia. Essa eficácia disfarçava-se, precisamente aqui, de estética”¹⁴³. E essa estética subordinada ao comércio obriga tanto o reconhecimento do direito do autor quanto sua necessária limitação.

O capital investido na indústria do cinema e da fotografia impulsionou a mudança de tratamento desses dois meios pelo Direito, sendo este o solo em que ocorreu todo o processo de “mudança de orientação jurisprudencial”¹⁴⁴ que criou os direitos da personalidade.

Para que a fotografia alcance o âmbito dos sujeitos, os Tribunais utilizaram o conceito de “marca da personalidade” e dissociaram a o olhar do fotógrafo do processo maquínico. De certo modo, a substituição da máquina pela técnica operou a subjetivação da máquina, cujo trabalho transformou-se também em trabalho do sujeito.

Portanto, a máquina se tornou meio de ser do sujeito e lugar de trabalho humano. Mas a fotografia só mereceria proteção jurídica se apresentasse uma marca intelectual de seu autor. Assim, conforme Edelman, “se o aparelho fotográfico entrou claramente no âmbito do sujeito, é, por seu turno, dominado por ele: aqui como lá o real só pertence ao sujeito desde que este o invista: (se apodere dele)”. E deixando o real de ser criado pelo sujeito (perdendo seu caráter de individualidade e criação), a máquina volta a ser simplesmente uma máquina de reprodução¹⁴⁵.

Assim sendo, as forças produtivas do capital realizam-se justamente no lugar do sujeito de direito. Toda a produção é produção de um sujeito, qualificada como produção de propriedade privada. Edelman demonstra como Marx tinha razão ao perceber que o homem como sujeito de direito toma posse da natureza como propriedade privada. Ora, quando foi exigido pelas forças de produção que a apropriação do real pela fotografia e pelo cinema fosse por lei protegida, por uma prática nitidamente burguesa, bastou dizer que a “máquina transmite a alma do sujeito”¹⁴⁶.

¹⁴² EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 57.

¹⁴³ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 62.

¹⁴⁴ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 62.

¹⁴⁵ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 64.

¹⁴⁶ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 67.

Ao estudar o destino da categoria sujeito de direito e o destino do real, Edelman concluiu que “a socialização da indústria cinematográfica produz a socialização do sujeito criador, do sujeito coletivo”¹⁴⁷. Para ele, o capitalismo teve que adaptar seus métodos de produção-distribuição e consumo ao produto intelectual representado pelo filme.

Na França, os problemas jurídicos nascidos com os filmes são recentes. A apropriação do capital industrial sobre os meios materiais de produção foi acompanhada de uma monopolização do capital humano.

No cinema norte-americano, isso transcorre de duas formas: há monopolização da matéria prima intelectual e essa monopolização se dá pelo contrato, pois a atividade criadora humana pode ser objeto de um contrato tal como seus autores. É o contrato o “instrumento privilegiado da dominação capitalista”, que designa “a mercantilização do homem enquanto objecto de direito”¹⁴⁸. O filme não passa de uma mercadoria e, como tal, é submetido à lei do lucro.

Essa conclusão de Edelman é significativa para uma interpretação marxista do que se passou no Acórdão Perruche. Ora, apesar das linhas patrimonialista e humanista de Jerry Sainte-Rose e Pierre Sargos, o que a Corte de Cassação francesa consagrou em sua decisão não foi uma atenção ao corpo diante da lei, mas sim a justiça contratual que deve honrar a obrigação firmada voluntariamente entre Josette Perruche e seu médico. Ademais, ainda que se pense nos interesses da criança e em seus direitos subjetivos da personalidade, com base no pensamento de Edelman pode-se afirmar que tudo se passa como se o corpo de Nicolas Perruche fosse pensado como um corpo-mercadoria. A vida de uma criança com deficiência, exatamente por apresentar maiores dificuldades na troca de equivalentes nesse espaço livre que seria o mercado, precisou ser recompensada. Isso parece mostrar que a reparação do dano por vida injusta é, na verdade, a reparação do dano ao capital humano da criança. O dever médico de reparar seria uma outra modalidade de “pena-capital”¹⁴⁹.

Seguindo a análise de Edelman, a monopolização dos meios de produção pelo capital revelou uma relação jurídica curiosa, uma relação que precisou reconhecer o sujeito coletivo.

No início, os Tribunais reconheceram o produtor como único autor do filme. A luta com os autores, no entanto, fez nascer uma combinação de produção intelectual e industrial, surgindo, então, a figura de um sujeito coletivo.

Ainda assim a arte não teria deixado de ser um produto do capital, a ponto do Direito confessar que o verdadeiro sujeito criador é também o próprio capital. Para que a trama ganhasse um desfecho, o capital não pôde prescindir do sujeito de direito, que é em realidade o seu sujeito. Enfim, o contrato fez do artista um proletário e o capital tornou-se parte essencial da obra, indivisível e

¹⁴⁷ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 68.

¹⁴⁸ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 70.

¹⁴⁹ Portanto, se retomada a proposta de *égale sollicitude* de Axel Gosseries, pode-se identificar mais que uma preocupação com o capital humano de um sujeito: uma preocupação com o capital humano da população.

representada também pelo produtor.

Crescendo as forças produtivas na indústria cinematográfica, cresce também a socialização do sujeito produtor e, da mesma forma, este sujeito coletivo indica o que era cinema. Há, nesse passo, uma coexistência forçada entre indústria e arte. Observou Edelman que, com o aparecimento do sujeito coletivo¹⁵⁰, foi provocada uma contradição no cinema burguês: a obra é confessadamente coletiva, o sujeito de direito criador é pulverizado em sujeitos de direito criadores.

Então, o aparelho cinematográfico é um aparelho ideológico que representa a própria ideologia através de si próprio, o cinema. A máquina se faz sujeito, reproduzindo sua própria essência. Ou seja, a máquina não reproduz simplesmente a ideologia e sim a ideologia produz a máquina.

Como foi dito, os fatos para se tornarem propriedade do sujeito devem por ele ter sido criados. A questão que Edelman coloca é a seguinte: como se pode criar ou produzir algo que verdadeiramente acontece? Seu exemplo é o do filme da morte do presidente norte-americano Kennedy, cujas imagens em tempo real foram depois utilizadas para ilustrar um livro sobre esse mesmo acontecimento. Quando o autor da foto resolveu reivindicar em juízo os direitos sobre a imagem, precisou responder o argumento da defesa, que dizia ser o fato em questão um acontecimento de domínio público, um fato não produzido nem criado, um fato tão-somente reproduzido do que se passou na história. Mas os juízes deram razão ao autor das fotos, sob o argumento de que é preciso diferenciar fundo e forma e também dizendo que o “proprietário” da filmagem reivindicava não o direito sobre o acontecimento, mas sim sobre as formas de expressão materializadas no filme. Com isso, Edelman nota que se chegou a um novo estágio: o de uma “sobre-apropriação do real” que se constitui “pelo simples registro do real”¹⁵¹.

Edelman passa então a analisar a forma mercantil do sujeito, a forma capital da vida, considerando que o sujeito que reproduz vai produzir também seu próprio concorrente: o sujeito que é reproduzido. Nas palavras do autor: “o direito do fotógrafo sobre a sua foto produz o direito do fotografado sobre a sua imagem”¹⁵². Talvez de maneira parecida seja possível cogitar que ao lado dos direitos reprodutivos dos pais foi produzido também o direito dos filhos, de bem nascer, ou bem morrer. Seja como for, em ambos há um ganho do capital.

A propriedade privada de um sujeito encontra a do outro e a noção de propriedade incorpora-se no próprio homem. O sujeito de direito reproduzido é uma decomposição mercantil da categoria sujeito de direito. A pessoa torna-se forma geral da mercadoria.

O homem é ao mesmo tempo sujeito e objeto de direito e qualquer produção humana é produção de um operário. Não se discute que o homem é proprietário de si mesmo, mas isso leva o

¹⁵⁰ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 79.

¹⁵¹ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 90.

¹⁵² EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 91.

Direito a dizer que o sujeito existe como representante da mercadoria que possui, de si próprio como mercadoria. O patrimônio moral do homem reflete exatamente isso: “o homem é para si próprio o seu próprio objeto”¹⁵³. É exatamente por isso que, no caso Perruche, Nicolas foi reparado, não sua mãe.

O que Edelman mostra é que, no capitalismo, o sujeito deve poder levar ao mercado os seus atributos, seu corpo, seu nome, seu direito moral, sua honra, sua imagem, sua vida privada. “A pessoa humana é proprietária dela própria, portanto de seus atributos”¹⁵⁴. A alienação de si produz uma liberdade e o sujeito é objeto de direito permanecendo livre “em si-próprio”. A propriedade é para o Direito essência do homem e o ato de vender-se realizaria a liberdade do homem. Para Edelman, o sujeito de direito é um sujeito que quer vender-se, ou não. Seja como for, é proprietário de si mesmo. Aliás, a capacidade do homem reside justamente na sua liberdade de produzir-se como objeto de direito. E por isso, Edelman não deixa escapar que “A liberdade é a produção de si-próprio como escravo”¹⁵⁵.

Edelman assim conclui a estratégia adotada pelo Direito: o homem pode vender-se desde que o faça em nome de um direito de personalidade. E a prática conduz a outra análise inevitável: todos os atributos da pessoa são direitos contratualmente protegidos porque, uma vez violados, geram direito à reparação¹⁵⁶. E a categoria sujeito de direito é histórica porque o processo capitalista o transforma em seu último produto: o objeto de direito.

Note-se como a explicação a seguir parece bastante clara quando aplicada ao Acórdão Perruche: “o sujeito é a propriedade privada historicizando-se que se distribui nos sujeitos da história”¹⁵⁷. A História é também propriedade dos sujeitos de direito e a essência histórica do homem é a propriedade privada. Por isso Nicolas, que é incapaz de significar a propriedade privada, pôde ser significado por ela.

Entretanto, o argumento de Edelman é demonstrado a partir de outros casos. O primeiro é o caso do Carrossel. Trata-se do pedido de interdição de um filme feito pela Associação dos Cadetes de Saumur, pois foram inseridas cenas de combates travados por oficiais subalternos. Ao final do processo, o Tribunal precisou penetrar no julgamento da própria realidade para suprimir cenas verídicas que considerou inadmissíveis para a história francesa. Em outras palavras, o Tribunal julgou a história, representando-a como propriedade privada. Segundo Edelman: “O Direito, fazendo da história o lugar da circulação de mercadorias (apropriação privada dos acontecimentos), constitui-a em

¹⁵³ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 96.

¹⁵⁴ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 96.

¹⁵⁵ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 99.

¹⁵⁶ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 105.

¹⁵⁷ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 106.

teleologia da propriedade privada”¹⁵⁸.

O segundo caso é o da Dança da Morte. Nesse caso foi julgado o delito de ofensa a chefes de Estados estrangeiros, concluindo-se que a liberdade de discussão de atos públicos deveria cessar quando alcançasse a ofensa a um chefe de Estado. Segundo Edelman, nesse caso o Tribunal transformou o Estado em próprio sujeito da política, seu proprietário privado.

O terceiro é o caso da Dança dos Véus. Trata-se de uma outra ação contra um filme, no qual a esposa do protagonista entendeu que sua vida privada teria sido violada. Aqui a decisão precisou ir além das demais respostas jurídicas. Depois de considerar que um homem, quando sujeito público, pertence ao patrimônio público, o Tribunal entendeu que a retratação dentro do filme foi digna e moral. Portanto, o homem significa propriedade e a propriedade significou o homem.

Para produzir um Direito do cinema e da fotografia, foram colocadas em funcionamento categorias da propriedade literária e atributos da personalidade, sempre por intermédio da figura do sujeito de direito.

É dessa maneira que o Direito fixa as normas de funcionamento do conjunto das relações sociais e, ao mesmo tempo, torna eficaz a ideologia jurídica, aquela relação imaginária dos indivíduos com as relações sociais em geral. Por isso mesmo, o Direito vive, para Edelman, de uma contradição: faz valer a produção capitalista em nome de propriedades privadas e essas propriedades são justamente frutos da exploração do homem pelo homem. Na esfera da circulação, todos os homens, seus corpos e suas almas são mercadorias ou valores de troca. O produto do trabalho do homem é mercadoria e pode ser trocado por outra mercadoria. O Direito toma esta esfera de circulação, espaço da sociedade civil, como algo natural e os indivíduos como valores de troca.

Então, Edelman se apropriou das lições de Marx, reafirmando que o sistema do valor de troca é o que significa o sistema da liberdade e da igualdade, e que dele nascem contradições imanentes. O homem é concretamente explorado pelo homem e do operário é retirada a mais-valia. Cria-se, juntamente com isso, a ilusão de que tal liberdade e igualdade são necessárias e “toda a ideologia burguesa consiste em ocultar a contradição imanente desta liberdade e desta igualdade, que se transmudam no seu contraditório: a escravidão e a exploração”¹⁵⁹.

Na esfera da circulação tudo se passa entre sujeitos que são, em última análise, sujeitos do grande Sujeito, que é o mercado, o capital.

Edelman mostrou isso com dois enunciados. O primeiro, descreve como o Direito assegura e fixa a esfera da circulação como dado natural. O segundo enunciado descreve que o Direito, ao assegurar a circulação como dado natural, torna possível a produção. Ou seja: o sujeito da sociedade civil nada mais é do que um sujeito de direito proprietário; a troca é a relação jurídica fundamental e a

¹⁵⁸ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 110.

¹⁵⁹ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 134.

produção social do homem é a produção de um sujeito de direito que tem a forma geral da mercadoria.

De acordo com Edelman, o que Marx chamou de ideológica é a ligação entre sociedade civil e esfera da circulação. E a redução do processo social a uma aparência de circulação é o local de encontro das ideologias burguesa e jurídica. As categorias que fundamentam a sociedade civil – propriedade privada, sujeito, vontade, liberdade, igualdade – são especificadas pelo Direito e seu aparelho de coerção estatal¹⁶⁰.

Na relação capitalista, a mercadoria força de trabalho aparece no mercado sempre voltada à circulação. Assim que, conforme Edelman, o real captado pela fotografia ou pelo cinema, também foi apreendido pelas categorias jurídicas e pelo capital.

A circulação no mercado abole as diferenças entre as pessoas concretas, pois todos os sujeitos abstratos são iguais e livres: “todo sujeito de direito é igual a qualquer sujeito de direito”¹⁶¹. E é o contrato o instrumento jurídico que permite a exploração do homem pelo homem, porque entendido como fruto da vontade humana de contratar.

O homem é, assim, ponto de partida e de chegada da ciência burguesa do Direito, sempre compreendido mediante a noção abstrata de sujeito de direito. Os direitos da personalidade de um homem são aqueles direitos personalíssimos, porque são aquilo que resta do sujeito, a última mercadoria que pode qualificar um homem de sujeito.

Assim visto, o Direito transpõe as contradições de sua prática e os limites de sua ciência. O que Edelman chamou de ciência burguesa do Direito preencheu o espaço público, lugar da luta de classes. Então, a crítica de noções ideológicas do Direito traz em si a morte desta ciência burguesa, cabendo aos juristas denunciar a ilusão do sistema que transforma o homem em mercadoria, sob o véu de uma pretensa liberdade. Essa foi a tarefa que Edelman pretendeu cumprir e que poderia ser sintetizada assim: “Sendo o homem reconhecido ‘como essência’ da propriedade, qualquer produção do homem é a produção de um proprietário: melhor, de uma propriedade que frutifica e produz a renda e o lucro. A valorização dele próprio constitui o seu capital. Não um vulgar capital-dinheiro, mas um capital digno da essência humana: um capital ‘moral’”¹⁶².

Para finalizar a problematização do Acórdão Perruche e das categorias jurídicas invocadas a partir de um diálogo com o pensamento de Bernard Edelman, seria preciso dialogar com outros textos do jurista, em que, além da crítica à visão liberal-econômica do Direito, fique ainda mais clara sua crítica à visão humanista.

No ensaio “*L'arrêt 'Perruche': une liberté pour la mort?*”¹⁶³, Edelman faz uma interessante reflexão sobre a morte da liberdade consagrada pela Lei “anti-Perruche”. Nesse sentido, são

¹⁶⁰ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 141-142.

¹⁶¹ EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 149.

¹⁶² EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 94.

¹⁶³ EDELMAN, Bernard. *L'arrêt 'Perruche': une liberté pour la mort?* In : Recueil Dalloz, 2002, p. 2349.

recuperadas algumas referências sobre a questão da biotecnologia e sua relação com o Direito, apresentadas com mais detalhes na obra “*La persone en danger*”¹⁶⁴.

Segundo Edelman, o caso Perruche permite um confronto da dignidade com os Direitos do Homem, com os direitos humanos. Na obra “*La persone en danger*”, Edelman já havia mostrado outros casos em que isso aconteceu. Entretanto, em nenhum desses julgamentos o conflito entre dignidade e direitos humanos apareceu de modo tão brutal como no Acórdão Perruche. Portanto, todo o argumento de Edelman buscará mostrar em que medida a dignidade teria sido um obstáculo aos direitos humanos no caso Perruche.

Em primeiro lugar, Edelman nota que a dignidade teria aparecido, no interior do Acórdão e nas discussões sobre o caso, especialmente para evitar que uma criança nascida com deficiência pudesse sustentar que seu nascimento injusto teria alguma articulação com um direito subjetivo. E mais, a dignidade teria aparecido para evitar, até mesmo, que uma ação pudesse ser proposta pelos pais da criança.

Contudo, para Edelman, no plano dos direitos humanos, tudo se passa de forma diferente, pois Nicolas Perruche teria o direito subjetivo de reclamar de ter nascido, assim como sua mãe teria o direito subjetivo de reclamar de não ter podido abortar. Ademais, não haveria problemas se Nicolas Perruche fosse representado pelos seus pais em uma ação judicial.

Edelman conclui sua reflexão ao dizer que, na relação de si para si, que é o que está em causa, no Acórdão Perruche, a dignidade seria “liberticida”¹⁶⁵.

Quando se quer impedir Nicolas Perruche de apresentar uma queixa por conta de sua vida injusta, isso é geralmente feito em nome da dignidade, em nome do respeito que Nicolas deve a ele mesmo e aos demais. Sob o signo da dignidade foi defendida a “Lei anti-Perruche”.

Logo, uma queixa que julga o valor da vida seria, nesse sentido, sempre indigna, pois admitiria que existem vidas que talvez não merecessem ser vividas. Nesse passo, Nicolas não respeitaria sua própria dignidade e, por extensão, não respeitaria a dignidade daqueles outros que também convivem com a deficiência.

Assim sendo, para Edelman, se a dignidade designa a qualidade de pertencimento de cada indivíduo à comunidade humana e se ela valer como normalização da relação de si para si, o seu papel é limitador da liberdade.

Instalar a dignidade no fórum mais íntimo de um indivíduo, para fazer disso uma instância constrangedora, alienante, comprovaria que em vez de cada um pertencer apenas a si mesmo, cada um pertenceria, em verdade, a um grande outro, que foi chamado de humanidade.

É esse gênero humano que, curiosamente, permite a quem ocupa o lugar de juiz a tarefa de opor ao indivíduo o respeito de sua própria dignidade, favorecendo a subordinação do Direito à moral anti-subjetivista e investindo o jurista de uma missão natural de moralizar a gestão da relação que o

¹⁶⁴ EDELMAN, Bernard. *La persone em danger*. Paris: Presses Universitaire, 1999.

¹⁶⁵ EDELMAN, Bernard. *L'arrêt 'Perruche': une liberté pour la mort?* In : Recueil Dalloz, 2002, p. 2350.

sujeito individual mantém com sua própria natureza humana.

Essa imposição da dignidade, então, a transforma em seu contrário, pois termina por fazer o indivíduo obedecer a outra coisa que não a si mesmo. Então, tudo se passa como se o conceito de dignidade postulasse que a natureza do indivíduo é caracterizada por uma obrigação de submetê-lo aos requisitos da humanidade, de uma humanidade que reside nele, e que implantou em seu interior uma subordinação natural.

E quando a dignidade naturaliza o indivíduo, ela o reduz a um elemento do gênero humano. Isso porque os partidários da dignidade liberticida vêem o homem como resultante individual da humanidade. Ser humano não passaria de um fato biológico que se constata, considerando-se simplesmente que, em nascendo, o indivíduo é um exemplar particular do gênero natural, humano, o que priva o indivíduo de sua autonomia.

Operou-se, então, uma travessia do poder de si sobre si a um poder do social sobre o si, em si mesmo. A essência biológica da humanidade faz evaporar a soberania individual e pela graça da dignidade “eu” é “um outro”.

Aplicada à palavra de Nicolas Perruche, essa obrigação que lhe seria imposta de ser digno levaria a um paradoxo: seria preciso impedir uma criança com deficiência de desejar a morte e, caso essa imposição o transtorne, seria preciso tratá-lo como bárbaro, exatamente em nome dessa dignidade que, parece, habita nele. Esse é o paradoxo que transforma Nicolas Perruche em carrasco. Tanto é assim que a Lei promulgada dois anos depois da decisão da Corte de Cassação foi chamada de “anti-Perruche”.

Contudo, para Edelman, no plano dos direitos humanos as coisas seriam diferentes. Não somente seria reconhecido à mãe seu direito de abortar, mas ainda seria reconhecido à criança o direito de reclamar de seu nascimento com deficiência. Duas liberdades seriam reconhecidas em toda sua plenitude.

Já no plano dos direitos subjetivos, Nicolas, em nome de sua própria dignidade, não poderia se queixar de ter nascido. Admitir o contrário implicaria preferir a morte em vez da vida e negar o valor mesmo da humanidade.

Segundo Edelman, seria preciso pensar o caso a partir de uma lei da natureza, esse momento lógico, de consciência, que permite a cada indivíduo compreender que o exercício ilimitado da liberdade destrói a própria liberdade. É a natureza do homem que comanda então o direito absoluto de viver, seja em nome da dignidade ou da preservação do gênero humano.

Mas questiona Edelman como Nicolas poderia ser representado na sua queixa de ter nascido pelos seus pais que lhe fizeram nascer.

Haveria aí uma dupla impossibilidade, responde o próprio Edelman. De uma parte, seu desejo de não nascer lhe seria tão próprio que seria irrepresentável e, de outra parte, seus pais se negariam, eles mesmos, representando um ser humano no seu desejo de morte, eles que lhe deram a vida.

Edelman retoma a lógica jurídica para anunciar essa aporia: a criança com deficiência não pode usar de sua qualidade de sujeito de direito para demandar a reparação do dano que resulta do fato de não ter sido abortada pelos pais, o que a teria impedido de tornar-se sujeito de direito.

Mas, na perspectiva dos direitos humanos, a liberdade do indivíduo seria vista de outra lente, o que parece supor a existência de dois direitos subjetivos fundamentais: aquele de ser louco e aquele de excluir-se, que é o direito de permanecer no estado de natureza.

Sobre o primeiro ponto, nada impediria então o indivíduo de escolher, contra toda a razão, o estado de natureza, em que reina uma liberdade ilimitada: nada o impediria de reivindicar o direito de ser louco, deixar a querer sua própria destruição. E isso seria mesmo próprio da democracia, um regime filosófico-jurídico que reconhece a cada um o direito absoluto de recusa. Dizer não àquele que nos confere a liberdade seria o sinal de soberania absoluta, traduzir-se-ia inclusive pelo suicídio ou auto-exclusão. Assim, Nicolas Perruche poderia em direito contestar o fato de ter nascido.

Quanto a dizer que ele não poderia ser representado por seus pais, isso revelaria uma incompreensão total do estatuto jurídico da pessoa, nas palavras de Edelman. Com efeito, não é a natureza que faz a pessoa, nem a biologia que faz o sujeito: é o direito que lhes constrói como puros artefatos, ficções.

De maneira clara, a dignidade, no caso Perruche, é vista como um conceito destruidor da liberdade. Opondo-se a essa visão, Edelman crê em uma concepção dos direitos do homem que apóia certa liberdade para a morte. Nessa medida, paradoxalmente, os ataques contra a dignidade a transformam em conceito salvador, em conceito pela vida.

Assim sendo, os críticos do caso Perruche seriam hostis aos direitos humanos porque negariam a liberdade de a mãe abortar e a liberdade de Nicolas não querer nascer.

Impondo à criança o dever de respeitar, nela mesma, a humanidade, seria recusado seu desejo de não ter nascido e em conseqüência seria recusada a vontade da mãe de querer interromper sua gravidez em caso de deficiência da criança por nascer.

De onde uma primeira proposição de Edelman: “a dignidade socializa a subjetividade, o que interdita, proíbe, toda a discriminação entre si e o outro”. De onde Edelman retira uma segunda proposição: “a relação de si para si exclui a intervenção de um terceiro e se caracteriza pelo direito subjetivo de auto-exclusão, aquele direito de se tornar louco, de se colocar fora do jogo democrático”. Para Edelman, as duas proposições seriam filosoficamente insustentáveis.

De começo, se a relação de si para si fosse determinada por uma capacidade de se auto-excluir – e isso em nome dos direitos humanos –, a liberdade assim reivindicada é uma “liberdade para/pela morte”. Com efeito, conceber que um indivíduo queira se tornar louco – ainda que a loucura por hipótese não se decida e não se constitua um direito – e conceber que esse mesmo indivíduo queira se excluir da comunidade humana, colocaria esses dois direitos subjetivos negativos no fundamento da democracia, o que institui na democracia um dispositivo mórbido: justificada pelo direito reconhecido

ao indivíduo de negá-la e de se negar, sua finalidade seria a autodestruição daqueles mesmos que a instituíram. Em nome desta “ontologia sombria” seria favoravelmente acolhida a “dupla palavra de morte” que ronda o Acórdão Perruche: abortar e querer não ter nascido.

Mas sobretudo em termos de filosofia política assistimos a uma inversão perversa e paradoxal dos direitos do homem. Sabemos bem que esse sistema repousa sob o postulado do reconhecimento: a total potência de um é limitada pela total potência do outro. Em outros termos, cada um é livre no reconhecimento da liberdade dos outros, e é por isso que a liberdade do sujeito não é jamais ilimitada.

Contudo, quando o reconhecimento se transforma em recusa e aceitação do outro em loucura e quando a democracia se torna, por um retorno inverossímil, o sistema que favorece seu contrário, tudo está posto a serviço da exclusão.

Além disso, a dignidade viria a incomodar a relação de si para si, na medida em que ela se reporta ao indivíduo que quer ser solitário, o que quer que ele faça, diga ou pense, a humanidade olha, vigia, não somente ele, mas nele.

O efeito seria devastador: sob o nome de dignidade teria lugar um censor tanto mais implacável que ele se apresentaria como duplo de si mesmo. Assim a criança Perruche não poderia se queixar de ter nascido sob pena de lesar gravemente seu eu humanista. Mais ainda, a dignidade não contente em ser um instrumento de moralização designaria o pertencimento biológico de todo indivíduo à espécie humana. É então um conceito naturalista que se introduziria na subjetividade para melhor neutralizá-la: o homem, ser de direito, seria assim engolido por sua natureza animal. Assim, uma aliança seria dada entre a moral e a natureza, inimigas juradas dos direitos subjetivos.

Mas, para Edelman, há uma perversão do conceito de dignidade a partir de um triplo ponto de vista. Em primeiro lugar, condenar a dignidade pelo motivo de reportar-se a todo e cada um que faz parte da humanidade constitui uma grave regressão de uma ilusão infantil. Isso porque o indivíduo que negasse seu pertencimento à comunidade dos homens, que preservasse sobre e contra tudo, sua liberdade selvagem, insubordinada e rebelde, se transportaria, metaforicamente, ao mito da horda selvagem, ao momento imaginário em que os filhos não ainda ousaram matar o pai, ou ainda não passaram da consciência individual à consciência coletiva. Matar em si sua liberdade originária matando o tirano e obedecer a sua própria deliberação isso seria para Freud o mistério da civilização.

Mas, ao contrário, que se utilize esse fantasma para fundar os direitos subjetivos e mais longe fazer a *ratio legis* democrática, a coisa é grave: porque uma vez mais, isso retorna a utilizar a liberdade democrática a revertendo em seu contrário para negar à criança Perruche a qualidade que a une aos homens.

A dignidade, que de início apareceu concretamente como uma barreira contra os erros biológicos, parece marcar o encaixamento, o “enraizamento”, da pessoa no corpo do Direito, como fez o artigo 16 do Código Civil francês: “a lei assegura a primazia da pessoa impedindo o atentado à sua dignidade, garantindo-se o respeito ao ser humano desde o começo da vida”. Para Edelman, apesar da

forma do artigo 16 – cada um tem direito ao respeito de seu corpo – ser ambígua, pois introduz uma distância entre a pessoa e seu corpo, ela não impede a realidade corporal, concreta que a pessoa passou a ter. Sua existência fisiológica é de agora em diante tida em conta e é respeitada assim como sua atividade intelectual. A pessoa não seria um mero artefato: “o corpo humano não é mais uma ficção, ele é também o trono da dignidade”.

Então, Edelman não ignora a ficção do sujeito de direito, faculdade jurídica que permite investir de uma capacidade todo ser vivente e mesmo toda coisa para defender seus interesses. Mas não seria necessário confundir sujeito de direito e pessoa humana: se o primeiro é ficção técnica, a segunda é ficção protetora: “a pessoa está lá não para destruir mas para salvaguardar”. A partir de então, Edelman parece levantar uma tese que vê o problema do personalismo em seu apoio na idéia de dignidade e não na de pessoa, como parece sugerir o nome da corrente teórica.

Segundo Edelman, num confronto entre sujeito de direito e pessoa humana pode-se dizer que essa última foi construída sobre um modelo técnico. Para o jurista, tudo se passa como se pessoa fosse, em sentido próprio, uma máquina jurídica descorporalizada, uma espécie de robô que pode suportar a antinatureza. Por sinal, esse choque seria sintoma de toda uma cultura tecnicista e antinatural.

Se Edelman fala em sujeito e pessoa, pode-se pensar que, no caso Perruche, a atenção dirige-se ao sujeito, mas não à pessoa. Talvez por isso a demanda Nicolas não tivesse sido compreendida. O Direito impõe como condição para uma escuta de Nicolas que seu desejo seja traduzido em uma vontade jurídica, em um direito subjetivo que pudesse estar escrito ou ser escrito e pleiteado em seu nome, por seus representantes legais.

No decorrer do processo judicial, toda a eventual questão de Nicolas passou pela mediação da vontade de seus pais. Josette se queixou do médico que a acompanhou durante a gravidez, uma reclamação que passa em nome de Nicolas. O cerne do problema estava no desrespeito à vontade de Josette de ter recorrido ao aborto em caso de anomalia fetal.

A resposta equivocada do médico sobre o *status* da vida de Nicolas fez com que Josette ignorasse a deficiência congênita do feto que carregava no ventre. E foi apenas com o nascimento da criança que Josette se deparou com o advento de uma vida distinta daquela que imaginou em seus sonhos. O nome “Nicolas” não correspondeu à escolha imaginária sobre o filho que queria ter. Também a perda da chance da interrupção voluntária da gravidez frustrou Josette. Foi esse o sofrimento que ensejou um conflito e que demandou uma resposta jurídica. A perda da chance do exercício do direito ao aborto teria sido provocada por um erro médico e, para compor esse conflito, foi invocado o Direito.

Mas a resposta jurídica vitoriosa no caso foi a concepção de justiça contratual. Dessa maneira, tudo se passou como se os juízes cogitassem como a melhor solução aquela baseada na reparação dos danos causados em virtude da inexecução da obrigação contratual assumida pelo médico em seu acordo de vontades com Josette.

A presença de Nicolas diante da lei foi recompensada em dinheiro, fazendo aparecer o que foi indenizado: seu direito de não nascer. Essa justiça contratual para o corpo consagrou, portanto, uma dupla palavra de morte no caso Perruche - aborto (pós-natal) e eutanásia (pré-natal) - vinculada à resposta jurídica liberal-econômica, patrimonialista.

Como explicitou Edelman, o corpo e os direitos da personalidade, nesse contexto, funcionam como um equivalente que pode ser levado ao mercado. Portanto, a resposta jurídica da reparação de danos emerge com a impossibilidade de Nicolas vender-se, por conta de sua deficiência. A vida de Nicolas Perruche é um capital humano e, ainda que não seja sustentável um direito subjetivo da personalidade de não nascer, um ataque a esse “novo direito” foi “indenizado”. Foi isso o que apareceu no Acórdão Perruche.

É como se o “direito de não existir” existisse mas não pudesse existir, ou, ao menos, como se não pudesse aparecer, como se fosse um segredo.

PARTE III

Morte e vida dos corpos

CAPÍTULO 1

Política da vida: a eugenia liberal no caso Perruche

O conceito de “biopolítica” esboçado por Michel Foucault (1926-1984) apareceu, primeiramente, em uma conferência sobre “O nascimento da medicina social”¹⁶⁶, proferida em 1974, no Rio de Janeiro. Segundo o intelectual francês: “Para a sociedade capitalista, é o biopolítico que importava antes de tudo, o biológico, o somático, o corporal. O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica”.

Peter Pál Pelbart assim detalhou a proposta de Foucault: “o capitalismo não teria acarretado, como se poderia pensar, uma privatização da medicina, mas ao contrário, uma socialização do corpo”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Conferência publicada na obra *Microfísica do Poder* (FOUCAULT, Michael. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979).

¹⁶⁷ PELBART, Peter Pál. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 55.

No ano de 1976, com a obra “História da Sexualidade I: a vontade de saber”¹⁶⁸, especificamente no capítulo sobre “Direito de morte e poder sobre a vida”¹⁶⁹, Foucault situará a biopolítica compondo uma estratégia mais ampla, denominada “biopoder”. O biopoder diferencia-se do tradicional poder de soberania, em especial, por conta da relação distinta que entretém com a vida e a morte, pois enquanto o poder soberano “faz morrer ou deixa viver”, o biopoder “faz viver e deixa morrer”. São diferentes lógicas e concepções de morte, vida e corpo.

Michel Foucault renovou muito os debates das ciências humanas. Talvez o traço unificador de seu pensamento seja exatamente sua capacidade de colocar questões incômodas para diferentes campos do conhecimento.

A abordagem de Foucault sobre o poder, tema de sua produção da década de 1970, é especialmente importante para a compreensão da questão do direito de não nascer.

Em verdade, já em sua tese de doutorado, que resultou no livro “A história da loucura”¹⁷⁰, Foucault pensava sobre o poder quando mostrou a constituição da figura do louco, quando revelou a loucura como invenção, como um objeto produzido, uma criação histórica. Sua proposta é muito diferente do discurso em torno da humanização da loucura, tão característico da virada do século XVIII ao XIX, quando a ciência passou a estudar e tentar entender o louco em vez de confiná-lo em masmorras.

Até o fim do século XVIII, os loucos viviam trancados juntamente com sodomitas, prostitutas, mendigos, enfim, desajustados. Mas houve um momento em que o louco foi de certo modo “libertado” desse lugar e levado ao asilo. Ocorre que para Foucault esse episódio não representa uma emancipação e nem mesmo um progresso. Tratou-se de um gesto de corte que produziu o louco como um outro, como um corpo que deve pertencer a um outro lugar que não o mesmo espaço dos desajustados, que não o mesmo espaço dos normais.

Com o objetivo de compreender melhor a abordagem de Foucault sobre o poder e o que ele quer dizer com politização da vida, seria preciso começar pelo conceito de poder para a filosofia política moderna, pelo conceito de poder nos escritos contratualistas do século XVII, como os de Rousseau.

Jean-Jacques Rousseau, na obra “Do Contrato Social”, dedica, no Livro II, um capítulo acerca do “Direito de Vida e de Morte”, em que desenvolve a resposta para a seguinte pergunta: “não tendo os particulares direito de dispor da sua própria vida, como podem transmitir ao soberano esse direito que não têm?”¹⁷¹. A solução apontada por Rousseau é a seguinte:

¹⁶⁸ FOUCAULT, Michael. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

¹⁶⁹ Tais idéias constam, também, das aulas ministradas por Foucault no *Collège de France*, em março de 1976, depois publicadas como *Em defesa da sociedade*. (FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.).

¹⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *A história da loucura*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

¹⁷¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 45.

“O fim do tratado social é a conservação dos contratantes: quem quer o fim quer também os meios, que são inseparáveis de alguns riscos e até de algumas perdas. Quem quer conservar a vida à custa dos outros deve também dá-la quando for preciso; o cidadão já não é juiz do perigo a que a lei o quis expor e, quando o príncipe lhe diz: *convém ao Estado que morras*, ele deve morrer, pois só com essa condição viveu até então em segurança, e a sua vida já não é só um benefício da natureza, senão um dom condicional do Estado”¹⁷².

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

Mas, no séc. XIX, outro poder irá, também, perpassar a vida e dela tomar posse, submetendo-a, então, à lógica do fazer viver e deixar morrer. Dentro desse contexto biopolítico, há uma implicação crescente da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos de poder. Nas palavras de Foucault: “uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu (...) em completar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer”¹⁷³. Essa transformação não se deu repentinamente, e Foucault a problematiza da seguinte maneira:

“Vocês já vêem, nos juristas do século XVII e sobretudo do século XVIII, formulada essa questão a propósito do direito de vida e de morte. Quando os juristas dizem: quando se contrata, no plano do contrato social, ou seja, quando os indivíduos se reúnem para constituir um soberano, para delegar a um soberano um poder absoluto sobre eles, por que o fazem? Eles o fazem porque estão premidos pelo perigo ou pela necessidade. Eles o fazem, por conseguinte, para proteger a vida. É para poder viver que constituem um soberano. E, nesta medida, a vida pode efetivamente entrar nos direitos do soberano? Não é a vida que é fundadora do direito do soberano? E não pode o soberano reclamar efetivamente de seus súditos o direito de exercer sobre eles o poder de vida e de morte, ou seja, pura e simplesmente, o poder de matá-los? Não deve a vida ficar fora do contrato, na medida em que ela é que foi o motivo primordial, inicial e fundamental do contrato?”¹⁷⁴.

As perguntas formuladas por Foucault são tratadas não no plano da filosofia política, mas no nível das tecnologias de poder. O interessante é perceber como já nos séculos XVII e XVIII surgem técnicas de poder, essencialmente centradas no corpo individual. Foucault destacou os procedimentos de “tecnologia disciplinar do trabalho”, orientados e dirigidos ao “homem-corpo”, com o objetivo de

¹⁷² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 46.

¹⁷³ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287-288.

treinar os organismos para a vida na sociedade industrial, e aqueles dirigidos ao “homem ser vivo”, ao “homem-espécie”, que tratam “de um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população etc. São esses processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que, justamente na segunda metade do século XVIII, juntamente com uma porção de problemas econômicos e políticos (os quais não retomo agora) constituíram, acho eu, os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica”¹⁷⁵.

Foucault identifica, ainda, que “Aquém, portanto, do grande poder absoluto, dramático, sombrio que era o poder da soberania, e que consistia em poder de fazer morrer, eis que aparece agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a ‘população’ enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de ‘fazer viver’”¹⁷⁶.

Nessa linha de raciocínio, o biopoder é, cada vez mais, uma estratégia de poder traduzida como o “direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no ‘como’ da vida, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências”¹⁷⁷.

Diferentemente das teorias contratualistas que pensavam o poder demarcado pelo jurídico-político, exercendo-se de forma vertical, de modo que se um detém o poder, o outro não o detém, a ponto do grande momento do poder ser o momento da morte.

Foucault irá partir desse diagnóstico para pensar se essa explicação sobre o poder poderia dar conta de entender a eficácia do poder tradicional, do poder soberano, do poder jurídico-político, quando a base social parece tão distante do soberano. Ora, a base social em que vivem os humanos e em que se consolidam as mais diversas instituições parece um detalhe, mas todo o empreendimento de Foucault passa por um olhar para o detalhe com o objetivo de compreender a construção histórica relativamente autônoma das instituições em que os homens vivem a maior parte de seu tempo: escola, fábrica, hospital, exército, prisão, família burguesa.

Então, Foucault se dedicou a pensar como se constituiu o indivíduo moderno, esse indivíduo que passou grande parte da vida em instituições e que estava um pouco distante do poder soberano.

Foucault percebe que será no século XIX que essas instituições exprimem suas características mais marcantes e que elas estão articuladas com a produção dos indivíduos modernos. Portanto, quando Foucault remove o imenso bloco monolítico e tradicional do poder jurídico-político, ele vê um outro poder, um poder eficaz, capaz de organizar a sociedade sem que fosse preciso reprimi-la, graças a instituições inventadas muito recentemente. Logo, essas duas teses de Foucault mostram que existem outras formas de veicular o poder. Além da repressão, tão cara ao poder jurídico-político, existiriam mecanismos mais interessantes, mecanismos disciplinares.

Assim, Foucault marca a própria descontinuidade dos saberes, dos modos de exercício do

¹⁷⁵ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 289-290.

¹⁷⁶ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 294.

¹⁷⁷ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 294.

poder, das instituições e até do homem moderno em relação a outros momentos históricos, projeto claro em sua obra “As palavras e as coisas”¹⁷⁸.

Em outro livro, “Vigiar e punir”¹⁷⁹, Foucault argumenta que, até 1757, blasfemar ainda era punido com o estraçalho do corpo criminoso. Mas pouco tempo depois, quase de repente, esse modo de reprimir, esse exercício de poder pela aniquilação do corpo desaparece. A dinâmica muda e o poder passará a produzir corpos, produzir indivíduos, por meio de outros mecanismos, como a vigilância, mais eficaz na domesticação dos viventes e tão característica do modo como as instituições modernas produzem seus indivíduos.

O indivíduo racional e que se pensa é apenas produto, resultado de um poder disciplinador. Espaços físicos muito semelhantes permitiam a organização conforme a lógica da disciplina. A disciplina não precisa da aniquilação, mas sua organização do espaço e do tempo permite a produção de sujeitos disciplinados, eficazes, úteis, dóceis.

Logo, Foucault pensa *sujet* como sujeito na voz passiva, ou seja, Foucault pensa o sujeito que foi produzido porque está sujeito. O sujeito teria sido individualizado por meio de diversas técnicas e estratégias de organização, repetição, disciplina e vigilância. Portanto, o indivíduo moderno é um sujeito “sujeito”, sujeito “assujeitado”. Com isso parece evidente que o sujeito moderno não é exatamente o sujeito do Iluminismo, um sujeito que se emancipou da história e que a pensa criticamente, mas sim um sujeito inventado, produzido, assujeitado.

Essas invenções que têm data de nascimento, talvez estejam então sujeitas ao desaparecimento. Isso é perceptível quando lembrado que não só o homem moderno, mas também as instituições que o produziram – escola, fábrica, hospital, prisão, família burguesa – estão deixando de ser o que foram.

Enfim, em todas essas instituições a produção do indivíduo está articulada com um poder disciplinar, um poder que produz corpos úteis e dóceis. Dócil é um corpo que pode ser produzido, utilizado, apropriado, programado. Isso parece tão claro quando se pensa no exemplo do corpo de Chaplin no filme “Tempos modernos”: um corpo-ferramenta necessário para a produção da fábrica. Portanto, os novos problemas modernos demandam novos corpos. E o século das Luzes, o século que inventou a liberdade, é também o século que inventou as disciplinas, o século do assujeitamento do sujeito.

Mas, além dos micropoderes disciplinares, Foucault chamou a atenção para outra forma de exercício do poder: o biopoder. Esse conceito, que atualmente ganha espaço no debate acadêmico, foi anunciado na História da Sexualidade I¹⁸⁰, em 1976. Mas o que poder, vida e sexo fariam juntos nesse livro de Foucault? Bem, o argumento de Foucault investiu no desmonte da tese tradicional que considera o poder como repressor da sexualidade. Em verdade, Foucault chama tal tese de invenção,

¹⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2002.

¹⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.

¹⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

pois o sexo não seria mais que um artifício, um dispositivo de poder, que permite a veiculação de poderes disciplinares, que produzem e orientam a verdade sobre o indivíduo.

A sexualidade está ligada à verdade sobre a vida, à verdade sobre o que o sujeito é. A sexualidade é o dispositivo que permite definir o indivíduo sob o crivo de uma norma e o que escapa o dispositivo da sexualidade normal é logo taxado de anormal. Logo, a figura do homossexual seria também uma invenção. Foucault é claro quando chama a atenção para a obra do Marquês de Sade: seus contos tratam das mais diferentes aventuras sexuais, mas não se referem ao homossexual do século XX. Mesmo entre os gregos o sexo entre homens não tem nenhuma relação com o que, no século XIX, se chamou de homossexualidade. Curioso perceber que, um século antes, no século XVIII, ninguém estudaria a homossexualidade. Aliás, um homossexual seria preso e talvez até morto no século XVIII. Diferentemente, no século XIX, o século da invenção do dispositivo da sexualidade, a “aceitação”, ou a não aniquilação, vem acompanhada de uma pergunta recorrente, especialmente em livros de medicina legal: isso é normal? Ora, o anormal não é só um desviante social, mas um desviante individual. O dispositivo de sexualidade é que articulou norma-sexo-verdade-normal, no século XIX.

Portanto, o que Foucault deixa transparecer é a presença constante do sexo. A sexualidade não teria sido reprimida pelo poder, mas sim capturada. Hoje não se prende nem se mata um homossexual. Tampouco se acredita em um acesso à verdade do sujeito a partir da sua sexualidade. Mas isso acontece exatamente porque não existe silêncio sobre o sexo. Há uma vontade de saber sobre o sexo, a todo o momento só se fala sobre sexo.

Esse caminho termina no que Foucault chamou de sociedade disciplinar, em que o poder soberano tem sua forma de atuação transformada. Ora, o poder soberano, aquele poder repressor, sofreu modificações no século XIX, momento em que o Estado passa a se interessar pelo sexo, pela natalidade, pelo fenômeno da vida: fazer sexo é gerar vida.

Os interesses do Estado parecem concentrados especialmente no regimento da sexualidade, na normalização do corpo, na medicalização da política. Assim, Foucault nega o suposto progresso que a preocupação com a vida representaria em muitos autores do século XIX.

Quando se pensa no tema do racismo isso parece bastante claro. Racismo, xenofobia, preocupação com a ordem, com a beleza e identidade orgânica do corpo nacional deixam o Estado preocupado com o contágio, com a saúde e integridade do corpo nacional. Desse modo, a figura do biopoder busca explicar como o nacional-socialismo não é um evento absurdo. No curso “Em defesa da sociedade” Foucault estudou o que se passou no século XIX, e percebeu que o regime de Hitler e sua política deixaram de ser uma exceção na modernidade.

A política nazista era bastante preocupada com o contágio pelos judeus e com a saúde dos arianos. Essa era, portanto, uma preocupação biopolítica. A politização das raças e as mortes justificadas em nome da vida merecem reflexão mais detalhada.

Foucault ressaltou que o aparecimento do biopoder no contexto da “desqualificação progressiva da morte” tem o seguinte sentido:

“(…) a morte, como termo da vida, é evidentemente o termo, o limite, a extremidade do poder. Ela está do lado de fora, em relação ao poder: é o que cai fora de seu domínio, e sobre o que o poder só terá domínio de modo geral, global, estatístico. Isso sobre o que o poder tem domínio não é a morte, é a mortalidade. E, nessa medida, é normal que a morte, agora, passe para o âmbito do privado e do que há de mais privado. Enquanto, no direito de soberania, a morte era o ponto em que mais brilhava, da forma mais manifesta, o absoluto poder do soberano, agora a morte vai ser, ao contrário, o momento em que o indivíduo escapa a qualquer poder, volta a si mesmo e se ensimesma, de certo modo, em sua parte mais privada. O poder já não conhece a morte. No sentido estrito, o poder deixa a morte de lado”¹⁸¹.

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

“Já na época clássica, o poder deixa de basear-se predominantemente na retirada e na apropriação, para funcionar na base da incitação, do reforço, do controle, da vigilância, visando, em suma, a otimização das forças que ele submete. Como diz Foucault, nesse novo regime o poder é destinado a produzir forças e as fazer crescer e ordená-las, mais do que a barrá-las ou destruí-las. Gerir a vida, mais do que exigir a morte. E quando exige a morte, é em nome da defesa da vida que ele se encarregou de administrar. Curiosamente, é quando mais se fala em defesa da vida que ocorrem as guerras mais abomináveis e genocidas – o poder de morte se dá como um complemento de um poder que se exerce sobre a vida de maneira positiva. (...) Os poderes levam suas guerras como gestoras da vida e da sobrevivência, dos corpos e da raça. É o discurso da vida, da sobrevivência, da sobrevivência: poder matar para poder viver, princípio alçado a estratégia de Estado. Se antes tratava-se de defender a soberania de um Estado (lógica da soberania) trata-se agora de garantir a sobrevivência de uma população (lógica biológica).”¹⁸².

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

¹⁸¹ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 295-296.

¹⁸² PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 56-57.

tornaram vitais”¹⁸³.

Foucault inseriu, portanto, a biopolítica no cerne de uma relação problemática entre vida e história. Aliás, a vida teria ingressado não apenas na história, mas também na ordem do saber, do poder e no domínio da política, pois a espécie veio a ser a grande variável nas estratégias políticas. Como ressaltou Peter Pál Pelbart, “Se desde Aristóteles, diz ainda Foucault, numa fase retomada com insistências por seus intérpretes, e revirada por Agamben, o homem era um animal vivente capaz de uma existência política, agora é o animal em cuja política o que está em jogo é o caráter de ser vivente”¹⁸⁴.

É a partir desse quadro geral da biopolítica e do biopoder, que Foucault renova a reflexão sobre o racismo. Isso não quer dizer que o racismo, para Foucault, tenha sido inventado dentro desse contexto, mas sim que a emergência do biopoder guarda uma relação com o momento em que o racismo passou a ser introduzido como mecanismo fundamental do poder exercido nos Estados modernos.

São características da análise foucaultiana acerca do racismo: o racismo seria um meio de introduzir nesse domínio da vida um corte entre o que deve viver e o que deve morrer (isso ocorre por conta da inserção, no contínuo biológico da espécie humana, da fragmentação da população em raças distintas, umas boas, outras inferiores); o racismo opera conforme a lógica da injunção guerreira: “para viver, é preciso que você massacre seus inimigos”, para viver é preciso fazer morrer (a morte do outro, da raça ruim, inferior, deixaria a vida em geral mais sadia e pura); trata-se de eliminar, não apenas os inimigos, mas os perigos, em relação à população e para a população¹⁸⁵. Assim trata Foucault da relação entre biopoder e racismo:

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

¹⁸³ FOUCAULT, Michael. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 179.

¹⁸⁴ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 58.

¹⁸⁵ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 59.

biológico e ao fortalecimento, diretamente ligado a essa eliminação, da própria espécie ou da raça. (...) A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo”¹⁸⁶.

Atualmente, entretanto, a idéia de existência de uma “raça” que seja superior às “outras” é absolutamente impensável. Para Michael Rose, “As chamadas raças humanas são flagrantemente absurdas. Ao nível molecular, não há nenhum modo legítimo de dividir a espécie”¹⁸⁷.

Apesar disso, com a expressão “eugenia”¹⁸⁸, cunhada por Francis Galton (1822-1911), que, curiosamente, era primo de Charles Darwin, buscou-se aludir a um novo campo do conhecimento científico, que “*trata de todas las influencias que mejoran las cualidades innatas de una raza; también trata de aquellas que la pueden desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad*”¹⁸⁹.

As idéias de Galton são, em realidade, verdadeiro reflexo da ideologia propalada pelos “eugenistas vitorianos”, para quem “as boas práticas de melhoramento” consistiam em “incentivar os melhores a se reproduzirem mais”¹⁹⁰. Tal visão considera a “capacidade natural” e o “talento” dos indivíduos como características hereditárias, o que levou Galton a afirmar: “de cada 100 filhos varões de homens que se distinguem nas profissões liberais, constata-se que nada menos de 80 rivalizam com o pai em sua eminência”¹⁹¹. Nessa época, era costume, inclusive, premiar as famílias de notável aptidão na seara da reprodução adicional¹⁹².

Além das formas ditas “positivas” de eugenia, foram concebidas, também pelos vitorianos, formas “negativas” de eugenia, “nas quais os inaptos, os enfermos e os criminosos deveriam ser perpetuamente aprisionados, esterilizados ou mortos, para evitar que contribuíssem mais para a herança da espécie”¹⁹³. Esse projeto viria a ser, mais tarde, implementado de uma maneira inimaginável por Galton, revelando o que Michael Rose denominou de “aspecto demoníaco do espectro de Darwin”¹⁹⁴, por conta de sua ambição “prometéica”¹⁹⁵ de conduzir a evolução da

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

¹⁸⁷ ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 167.

¹⁸⁸ A palavra deriva de termo grego, cujo significado é “de boa cepa”.

¹⁸⁹ GALTON, F. *Herencia y Eugenesia*. Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 163.

¹⁹⁰ ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 159.

¹⁹¹ ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 160.

¹⁹² ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 161.

¹⁹³ ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 161.

¹⁹⁴ O livro *O espectro de Darwin* trata de duas teorias do comportamento humano. A da *psicologia evolucionista*, que “se baseia na idéia de que ele evolui em termos de situações muito específicas de seleção, gerando atos que podem ser compreendidos com base na nova teoria evolucionista. Segundo esse tipo de modelo, somos animais dotados de padrões de comportamentos mais complexos que o dos outros animais. No entanto, estes continuam a ser, essencialmente, padrões de comportamento animal, moldados pelos mesmos imperativos darwinistas, tanto nos seres humanos, quanto nas outras espécies”. E a do *darwinismo imanente*, para a qual “o comportamento humano evoluiu e se tornou aberto e indeterminado, não apresentando mais do que reflexos muito gerais de sua base darwiniana e, em muitos casos, nem sequer isso. (...) Esse segundo tipo de teoria prevê a ausência global de comportamentos humanos geneticamente determinados e sua substituição por um processo renovado de cálculos cerebrais, centrado na aptidão darwiniana”. (ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 176).

¹⁹⁵ O mito de Prometeu, “titã que forneceu aos homens o fogo – e, através dele, a tecnologia – obtendo o mais severo castigo dos deuses”, serve, de acordo com Paula Sibília, para denunciar a “arrogância da humanidade, em sua tentativa de usurpar as prerrogativas divinas por meio de artimanhas e saberes terrenos”. (SIBILIA, P. *O homem pós-orgânico*. Rio de

humanidade.

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

A “redescoberta das leis de Mendel¹⁹⁶” permitiu a passagem de um manuseio desajeitado das questões acerca da hereditariedade, deixadas por Darwin e Galton, para um trabalho tecnicamente preciso dos primeiros eugenistas, com destaque para os botânicos. Essa substituição tornou plausível a idéia de criar uma “eugenia poderosa, capaz de direcionar a futura autocriação do homem”¹⁹⁷.

Cabe ressaltar, como aponta Natália Oliva Teles¹⁹⁸, que os adjetivos “eugênico” e “eugenismo” possuem diferentes sentidos.

Assim, eugênico deveria ser utilizado para qualificar uma atividade teórico-científica que se limitaria a selecionar aspectos biológicos da espécie, com vistas à superação de moléstias hereditárias. Dessa forma, procura ensinar Leonardo Lenti (ao tratar do assunto “engenharia genética”): “consiste, em outras palavras, em inserir, no genoma, um gene ausente cuja falta é considerada responsável por uma determinada anomalia ou moléstia; ou na substituição por um gene isolado que desempenhe uma função análoga a um gene que, embora presente no genoma, tenha um defeito considerável responsável por uma determinada anomalia ou moléstia”¹⁹⁹.

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

Independentemente da distinção entre os termos eugênico e eugenismo, para Bernardo Beiguelman, quando se faz uma revisão sobre o efeito da genética sobre os seres humanos, a história revela uma “coleção de perversidades incontáveis²⁰⁰”, que, num passado recente, terminaram por eliminar, sistematicamente, milhões de vidas inocentes.

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

Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 43).

¹⁹⁶ “A genética é um produto do séc. XX porque, apesar de os resultados dos trabalhos de Mendel, o pai da genética, terem sido apresentados em 1865 e publicados em 1866, eles não exerceram qualquer influência sobre o pensamento científico de seus contemporâneos. Os biólogos somente dedicaram a sua atenção aos trabalhos de Mendel a partir de 1900”. (BEIGUELMAN, Bernardo. *Genética e ética*. In: *Ciência e Cultura* nº 42. Rio de Janeiro: SBPC, janeiro de 1990, p. 68, nota 1).

¹⁹⁷ ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 161.

¹⁹⁸ TELES, Natália Oliva. *Questões Éticas do Diagnóstico Genético Pré-implantação*. In: *Genoma e Dignidade Humana*. Rui Nunes, Helena Melo, Cristina Nunes (orgs.). Coimbra: Gráfica de Coimbra, outubro de 2002, p.86.

¹⁹⁹ LENTI, Leonardo. *La procreazione artificiale*. Padova, 1995, p. 25.

²⁰⁰ BEIGUELMAN, Bernardo. *Genética e ética*. In: *Ciência e Cultura* nº 42. Rio de Janeiro: SBPC, janeiro de 1990, p. 61.

esterilização só deixariam de vigorar por volta de 1990²⁰¹.

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

“Em Dinamarca se promulgaron leyes sobre esterilización em 1929, em Suecia y Noruega em 1934. Recientemente la sociedad sueca quedó sorprendida al saber que miles de personas, de las 62.888 que habían sido esterilizadas em el país durante las campañas de esterilización entre los años 1935 y 1975, lo fueron em contra de su voluntad. Em 1998 se há acordado conceder uma indemnización a los afectados. (...) En la Alemania nacionalsocialista se esterilizó por motivos eugenésicos a um número de personas diez veces superior al de Estados Unidos entre 1907 y 1945”²⁰².

Para a jurista, a lei alemã de 14 de julho de 1933, para a prevenção de enfermidades hereditárias, e o programa de eutanásia de 1 de setembro de 1939²⁰³ são os exemplos que refletem, da maneira mais contundente, uma opção pelo movimento eugenista. Na Alemanha, vários cientistas de renome, que vieram a ser chamados de “eugenistas”, acreditavam ser seu dever “impedir a proliferação de indivíduos de raças que consideravam inferiores e de pessoas de seu próprio grupo racial que eles consideravam deficientes, para, segundo eles, evitar a destruição da cultura européia”.

Essas idéias de “pureza” e “higiene” raciais, defendidas por eugenistas alemães como Wilhem Schallmeyer e Alfred Ploetz, se serviram do discurso em torno da eugenia para conseguir credibilidade científica. Dessa forma, ainda que o darwinismo não possa ser considerado o gerador do movimento eugenista, parece ter funcionado como um catalisador para a consecução das propostas de Adolf Hitler. Diz Michael Rose que “a edição de 1937 do manual da Juventude Hitlerista estava repleta da teoria e da genética darwinianas, tendo sido essa ciência tomada como uma justificativa para o extermínio dos judeus”²⁰⁴. Como esclarece Michael Rose, o racismo, visto a partir de Darwin, está assentado na seguinte problemática:

“A idéia de que existem raças humanas, cada qual com seus próprios ancestrais e com um destino comum, levou muitos biólogos e praticamente todas as outras pessoas à idéia de que a evolução humana estava ligada a uma competição entre as raças. (...) Somava-se a isso a idéia de uma competição na qual as raças superiores venceriam – e, possivelmente, eliminariam – as demais. E essa visão da história foi adornada com a idéia de que essa era uma situação boa,

²⁰¹ ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 164.

²⁰² PUIGPELAT, F. *El movimiento eugenésico de principios de siglo*. In: La eugenesia hoy. Carlos María Romeo Casabona (org.). Bilbao-Granada: Fundacion BBV, Comares Granada, 1999, p. 65.

²⁰³ PUIGPELAT, F. *El movimiento eugenésico de principios de siglo*. In: La eugenesia hoy. Carlos María Romeo Casabona (org.). Bilbao-Granada: Fundacion BBV, Comares Granada, 1999, p. 65.

²⁰⁴ ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 165.

aliás providencial, e de que a vitória da(s) raça(s) superior(es) deveria ser vista como um resultado apropriado da história”²⁰⁵.

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

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

“Os nazistas trataram de esterilizar e praticar eutanásia naqueles a quem consideravam inaptos. Suas vítimas incluíram portadores de deformidades, esquizofrênicos, retardados mentais, epiléticos e doentes mentais institucionalizados, em geral. As crianças consideradas deficientes eram mortas por falta de cuidados, superdoses de morfina ou envenenamento por cianureto, em geral sem o conhecimento dos pais, que eram informados de que seus filhos haviam morrido durante o tratamento médico. (...) Os ciganos foram mandados para os campos para serem aniquilados. Depois vieram os judeus”²⁰⁶.

Curioso notar como essa mesma racionalidade técnico-científica dispõe hoje de novos e mais eficazes instrumentos ou meios de intervenção. A utilização dessas técnicas como forma de controle social faz uso de outros fundamentos ideológicos, que irão se refletir, sobretudo, na regulação jurídica das relações sociais envolvendo a genética humana²⁰⁷.

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

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

Os sujeitos, detentores de poderes jurídicos sobre seu corpo, agora orientam voluntariamente

²⁰⁵ Galton aceitou o conceito de raças superiores e inferiores, buscando, inclusive, comprovar que os negros e os aborígenes australianos seriam exemplos de inferioridade. (ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 166-167).

²⁰⁶ ROSE, M. *O Espectro de Darwin*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 169.

²⁰⁷ GEDIEL, J. A. P. *Autonomia do sujeito e biopoder*. In: Diálogos sobre Direito Civil. Carmem Lúcia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloisa Helena Barboza; José Antônio Peres Gediél; Luiz Edson Fachin; Maria Celina Bodin de Moraes (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 327-346.

sua reprodução em conformidade com as qualidades sócio-biológicas desejáveis, sem que se lance mão dos anteriores métodos de coação estatal²⁰⁸.

Habermas, a partir de outras bases teóricas, percebeu que “nas sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos por interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixariam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais e, de modo geral, aos desejos anárquicos dos fregueses e clientes”²⁰⁹. Mas, insurgindo-se contra tal possibilidade, e ainda crente no “Projeto da Modernidade”, o filósofo alemão ressalta a importância e necessidade do papel regulamentador do Direito²¹⁰ e busca uma “autocompreensão ética da espécie”.

Desse modo, para evitar que se opere o princípio de seleção, o filósofo alemão indica que é preciso manter as condições de possibilidade da igualdade entre os seres da comunidade política. Para tanto, é fundamental garantir a intangibilidade genética do ser que está por vir, único meio, segundo Habermas, de permitir que o ser possa ser si mesmo²¹¹.

Também perplexo diante desse cenário, Edelman, diferentemente de Habermas, considera que o Direito não pode esperar nada do humanismo, pois a evolução causada pela tecnociência se encarregou de descartá-lo. Laymert Garcia dos Santos assim traduziu o pensamento de Edelman:

“o humanismo do séc. XIX foi uma tentativa de coabitação da filosofia com a ciência na qual se pretendia, por um lado, proteger a essência do homem, isto é, sua humanidade, e por outro conceber essa essência do ponto de vista científico. O tempo, entretanto, encarregou-se de mostrar que isso era uma ilusão, na medida em que a ciência colocou o humanismo a seu serviço para a consecução de seu próprio fim, que nada tinha de humanista. Como isso se deu? Edelman estima que isso ocorreu através da ‘loucura’ do direito subjetivo”²¹².

Laymert Garcia dos Santos, na esteira da lição de Edelman, afirma que, no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o postulado de um sujeito todo-poderoso era limitado pelo reconhecimento de um outro todo-poderoso. O conceito de limite era, portanto, subsumido pelo conceito de reconhecimento²¹³. Assim sendo, para Edelman, “o sistema de direitos humanos teria resolvido o conflito entre o individualismo indomado e o direito, já que esse individualismo não repousa sobre uma restrição legal dos impulsos, mas sim de uma limitação desses impulsos através do reconhecimento dos de outrem”. Entretanto, Laymert Garcia dos Santos explicita o pensamento de Edelman, para quem esse “equilíbrio” desapareceu:

²⁰⁸ GEDIEL, J. A. P. *Autonomia do sujeito e biopoder*. In: Diálogos sobre Direito Civil. Carmem Lúcia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloisa Helena Barboza; José Antônio Peres Gediel; Luiz Edson Fachin; Maria Celina Bodin de Moraes (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 344.

²⁰⁹ HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 67.

²¹⁰ HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 18.

²¹¹ HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 22.

²¹² SANTOS, L. G. dos. *Politizar as novas tecnologias*. São Paulo: 34, p. 241.

²¹³ SANTOS, L. G. dos. *Politizar as novas tecnologias*. São Paulo: 34, p. 241.

“Não só o sujeito aumentou sua potência, porque a ciência lhe forneceu os meios, como também o outro não exerce mais o papel de fronteira ou de limites. Tudo se passa como se o direito subjetivo tivesse perdido seus contornos, e sua selvageria originária pudesse, então, manifestar-se livremente; tudo se passa como se estivéssemos diante de um sujeito ‘desenfreado’. (...) Quando um sistema funda-se sobre desejos ilimitados – ir à lua, reproduzir-se de modo idêntico, escapar das dores da maternidade, escapar da angústia, ‘enxertar’ seu cérebro num computador... – e instaura um mercado desses desejos, o liberalismo que o inspira é ao mesmo tempo ‘amoral’ e estimulador daquilo mesmo que o nutre”²¹⁴.

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

O direito subjetivo, a autonomia corporal e o consentimento informado contribuem, nessa perspectiva, para o “assujeitamento” do sujeito, sem a necessidade de violência. Isso porque, diante das novas técnicas disponíveis no mercado, criou-se a sensação de que houve uma expansão de poderes e direitos a serviço do sujeito.

Em tal contexto, ganha força a dura crítica ao humanismo liberal feita por Peter Sloterdijk, para quem “as próximas grandes etapas do gênero humano serão períodos de decisão política quanto à espécie”, de modo que, na era da técnica e antropotécnica, “será uma opção pela inocência recusar-se explicitamente a exercer o poder de seleção que de fato se obteve”²¹⁵.

As promessas excepcionais da Genética já ultrapassaram, hoje, os limites impostos pela normalidade do Direito. Nesse cenário, o amplo campo da autonomia do indivíduo tem, basicamente, a função de veicular e legitimar o perene “sim” dos pacientes à medicina, à tecnociência e ao mercado.

Temendo esse horizonte, Jerry Sainte-Rose, em suas considerações finais sobre o caso Perruche, alertou para o que poderia vir a ser uma consequência da garantia automática colocada sobre os médicos se o aborto fosse uma obrigação em casos de vida com deficiência:

“Se ele existisse, esse direito de não nascer seria, todavia, oposto a tudo. Aos funcionários da saúde em caso de negligência de sua parte mas também aos pais que decidiriam conceber uma criança mesmo sabendo que eles correriam o risco de lhe transmitir uma grave anomalia genética ou que, apesar de um diagnóstico pré-natal alarmante, deixariam o crescimento ir até seu fim. Seria oposto, particularmente, à mãe que poderia ser responsabilizada uma vez que,

²¹⁴ SANTOS, L. G. dos. *Politizar as novas tecnologias*. São Paulo: 34, p. 242-243.

²¹⁵ SLOTERDIJK, P. *Regras para o parque humano*. São Paulo: Estação da Liberdade, 2000, p. 45-46.

antes ou durante sua gravidez, cometeu comportamentos comprometedores para a criança ou se recusou a recorrer a tratamentos que poderiam ter sido úteis”²¹⁶.

Nesse caso, ante a dúvida mais leve, e temendo o risco e o dano, valeria um “princípio de precaução”. Mais a fundo, Sainte-Rose vislumbrou que a multiplicação de pesquisas de doenças ligadas à descoberta de novos genes para evitar riscos de erro e de dano reforçará exatamente uma “eugenia de precaução”. Essa seria uma união entre “eugenia familiar” e os progressos da medicina fetal, amplificada pelas mídias, determinando uma atitude mais reivindicativa dos pais em busca da “bela criança”. A compaixão com Nicolas Perruche, então, não deixaria de guardar um egoísmo que embasa a ação por vida injusta, uma ação que teria por efeito conferir um papel normalizador ao aborto. E a constituição de uma norma genética indutora de uma eugenia leve compensa tanto a criança como a economia nacional, lembrando-se que a CPAM de Yonne, também tomou parte no processo.

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

“A natureza biopolítica do poder que estrutura o biopoder se ajusta, perfeitamente, às atuais necessidades do mercado e, sobretudo, ao setor que produz e regula o acesso às novas tecnologias da saúde. Neste aspecto particular da economia de mercado, o exercício do biopoder se torna mais evidente, porque a produção para o mercado vai sugerir e estimular o consumo de novas necessidades vitais. Em outras palavras, o mercado e a propaganda induzem e tendem a reduzir o sujeito a uma posição de consumidor de novas mercadorias destinadas à manutenção e extensão dos limites biológicos da vida, acabam produzindo subjetividades decorrentes das técnicas de controle que compõem o biopoder”²¹⁷.

Conforme a linha personalista do século XX, os direitos da personalidade tratam de tutelar todos os elementos característicos do ser humano, tendo como base o princípio constitucional da dignidade humana. Em tal pensamento, a autonomia encontra fundamento e limites no próprio princípio da dignidade humana. Isso significa uma restrição na disponibilidade dos bens da personalidade. Contudo, tal proposição, cada vez mais, perde força diante do liberalismo, corrente doutrinária apoiada na centralidade da noção de autonomia do sujeito, e grande marca do pensamento

²¹⁶ “*S’il existait, ce droit de ne pas naître serait d’ailleurs opposable à tous. Aux personnels de santé en cas de négligence de leur part mais aussi aux parents qui décideraient de concevoir un enfant sachant qu’ils risquent de lui transmettre une grave anomalie génétique ou qui, malgré un diagnostic prénatal alarmant, laisseraient la grossesse aller jusqu’à son terme. Il serait opposable en particulier à la mère qui pourrait engager sa responsabilité lorsque, avant ou pendant sa grossesse, elle s’est livrée à des comportements compromettants pour la santé de l’enfant ou qu’elle s’est refusée à des soins qui auraient été utiles*”.

²¹⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. *Autonomia do sujeito e biopoder*. In: Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea. Carmem Lúcia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloisa Helena Barboza; José Antônio Peres Gediel; Luiz Edson Fachin; Maria Celina Bodin de Moraes (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338.

bioético. Assim sendo, a bioética, ainda que isso não seja intencional, incrementa a autonomia do sujeito e legitima o alargamento do campo da disponibilidade dos bens da personalidade²¹⁸.

Nesse contexto, é preciso refletir como as técnicas pré-natais da medicina genética, como, por exemplo, os diagnósticos genéticos pré-natais²¹⁹, ultrapassaram, de maneira sutil, as fronteiras do tratamento terapêutico ou se, por isso mesmo, tais procedimentos correspondem a uma aplicação do princípio de seleção e aperfeiçoamento genético da espécie, que denuncia a crise do discurso humanista liberal ao mostrar que certas formas de eliminação da vida humana já não são mais barradas pelo ordenamento jurídico.

Caso todo o nascimento de uma criança com deficiência propiciasse uma ação indenizatória contra os médicos, a fórmula da obrigação do aborto permitiria uma absolvição da eventual responsabilidade médica e os encarregaria da criação da criança que vem.

Enfim, o conceito de deficiência como um sinônimo de vida injusta nega que o conceito de “normal” não seja suscetível em si de medida objetiva. Nessa linha de raciocínio, normal serviria para designar um estado de acordo com o que é mais freqüente, ou de acordo com o que é natural.

Esse diagnóstico consta nas definições científicas correntes, como as do “Programa mundial de ação concernente às pessoas inválidas”, da Organização Mundial da Saúde, de 1983. Em tal plano, doença é definida como perda ou anomalia na estrutura ou função psicológica, física ou anatômica. A enfermidade, por sua vez, é definida como restrição, falta ou ausência nas capacidades que não permitem cumprir uma atividade considerada normal para um ser humano. Outra vez, o reconhecimento de uma normalidade ganha a forma de padrões biológicos ou médicos.

Giorgio Agamben, ao dizer que os gregos não tinham um termo único para designar aquilo que hoje se quer dizer com a palavra vida, lembrou a diferenciação entre *zoé*, palavra grega que expressava o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, humanos e deuses) e a palavra grega *bios*, que, por sua vez, apontava a forma ou a maneira de viver peculiar a um indivíduo ou grupo particular²²⁰.

Pontua Agamben que:

“Quando Platão, no *Filebo*, menciona três gêneros de vida e Aristóteles, na *Ethica nicomachea*, distingue a vida contemplativa do filósofo (*bios theoreticós*) da vida de prazer (*bios apolausticós*) e da vida política (*bios politicós*), eles jamais poderiam ter empregado o

²¹⁸ PALERMINI, P. *Misère de la bioéthique*. Bruxelas: Labor, 2002.

GEDIEL, J. A. P. *Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. In: Limite: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano. Fernanda Carneiro e Maria Celeste Emerick (Orgs.). Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000, p. 159-166.

²¹⁹ Como exemplo cite-se o diagnóstico genético pré-implantação, que “torna possível submeter o embrião que se encontra num estágio de oito células a um exame genético de precaução. Inicialmente, esse processo é colocado à disposição de pais que querem evitar o risco da transmissão de doenças hereditárias”. (HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 24).

²²⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 9.

termo *zoé* (que, significativamente, em grego carece de plural) pelo simples fato de que para ambos não estava em questão de modo algum a simples vida natural, mas uma vida qualificada, um modo particular de vida”²²¹.

Para o filósofo italiano, “A simples vida natural é, porém, excluída, no mundo clássico, da *pólis* propriamente dita e resta firmemente confinada, como mera vida reprodutiva, ao âmbito do *oîkos*”²²². Michael Foucault, em sua obra “História da Sexualidade I: a vontade de saber”, sintetiza o processo pelo qual, “nos limiares da Idade Moderna, a vida natural começa, por sua vez, a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal, e a política se transforma em *biopolítica*: ‘Por milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente’”²²³. Prossegue Agamben em sua análise sobre essa etapa do pensamento de Foucault:

“Segundo Foucault, o ‘limiar de modernidade biológica’ de uma sociedade situa-se no ponto em que a espécie e o indivíduo enquanto simples corpo vivente tornam-se a aposta que está em jogo nas suas estratégias políticas. A partir de 1977, os cursos no *Collège de France* começam a focalizar a passagem do ‘Estado territorial’ ao ‘Estado de população’ e o conseqüente aumento vertiginoso da importância da vida biológica e da saúde da nação como problema do poder soberano, que se transforma então progressivamente em ‘governo dos homens’. ‘Resulta daí uma espécie de animalização do homem posta em prática através das mais sofisticadas técnicas políticas. Surgem então na história seja o difundir-se das possibilidades das ciências humanas e sociais, seja a simultânea possibilidade de proteger a vida e de autorizar seu holocausto’. Em particular, o desenvolvimento e o triunfo do capitalismo não teria sido possível, nesta perspectiva, sem o controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os ‘corpos dóceis’ de que necessitava. (...) A morte impediu que Foucault desenvolvesse todas as implicações do conceito de biopolítica e mostrasse em que sentido teria aprofundado ulteriormente a sua investigação; mas, em todo o caso, o ingresso da *zoé* na esfera da *pólis*, a politização da vida nua como tal constitui o evento decisivo da modernidade, que assinala uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico”²²⁴.

²²¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 9.

²²² AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 10.

²²³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 11.

²²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 11.

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

“(…) a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. *Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano.* A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii*”²²⁵.

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

Assim sendo, comenta Peter Pál Pelbart:

“O regime contemporâneo, ao suscitar um constante ‘estado de emergência’ que ele se encarrega de administrar, em nome da defesa da vida sobre a qual pensa ter direito, apenas prolonga a lógica anterior. Prevalece ainda e sempre a vida nua tomada agora na sua modalidade biológica – forma dominante da vida por toda a parte. Toda a discussão sobre a bioética, hoje em dia, estaria atravessada por uma tal concepção biológica da vida. A medicalização das esferas de existência, as representações pseudocientíficas do corpo, da doença, da saúde, seriam expressões desse domínio da vida nua, e sobretudo da redução das *formas de vida ao fato da vida*”²²⁶.

A vida em nome da qual se exerce o poder e que se diz proteger, aquela concebida como um fato, esteve submetida ao jugo do soberano, mas o poder político que nós conhecemos a reivindica “na medida em que, no prolongamento do regime de soberania, se dá o direito de separá-las das formas de vida. A vida então aparece, hoje como ontem, apenas como uma contrapartida do direito que a ameaça de morte, num estado de exceção permanente”²²⁷. Walter Benjamin, em sua oitava tese sobre o

²²⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 14.

²²⁶ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 60.

²²⁷ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 60.

conceito de história, afirma, segundo a tradição dos oprimidos, que “o estado de exceção no qual vivemos é a regra”, tornando-se necessário um conceito de história correspondente a esse fato. Essa afirmação de Benjamin, sob a ótica de Agamben, corresponde a um momento histórico específico: o estado de exceção proclamado por Hitler que não foi revogado até o término do nazismo²²⁸.

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

“O homem sacro é aquele que, julgado por um delito, pode ser morto sem que isso constitua um homicídio, ou uma execução, ou uma condenação, ou um sacrilégio, nem sequer um sacrifício. Subtrai-se assim à esfera do direito humano, sem por isso passar à esfera do direito divino. Essa dupla exclusão é, paradoxalmente, uma dupla captura: sua vida, excluída da comunidade por ser insacrificável, é nela incluída por ser matável. A vida nua está, desse modo, desde o início numa relação de exceção com o poder soberano, numa interdependência recíproca que pode ser expressa do seguinte modo: ‘Soberania é a esfera na qual se pode matar sem cometer um homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera’²²⁹”.

Ao considerar a vida sacra como um ‘préstimo original da soberania’, constata-se que “(...) quando se quer fazer valer a sacralidade da vida contra o arbítrio do soberano, ignora-se que é precisamente tal sacralidade, historicamente, que garante a sujeição da vida a um poder de morte. A vida sacra, que excede tanto a esfera do direito quanto a do sacrifício, é o elemento político originário, e o referente do vínculo soberano, da decisão soberana. Ela é também, por conseguinte, a forma originária da implicação na ordem jurídico-política, sob a forma paradoxal da exclusão-inclusão²³⁰”. De acordo com essa linha de raciocínio, o direito à vida seria a contraparte de um poder que a ameaça de morte. Nas palavras de Agamben, “É como se, a partir de certo ponto, todo o evento político decisivo tivesse sempre uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam, a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam liberar-se²³¹”.

Na opinião de Agamben, a ausência da figura do *homo sacer* da cultura contemporânea se deve, provavelmente, ao fato de que “somos todos virtualmente *homines sacri*”, justamente porque os regimes políticos contemporâneos fundamentam-se em um mesmo conceito, o da *nuda vita*. Tal

²²⁸ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 61.

²²⁹ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 61-62.

²³⁰ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 62.

²³¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 127.

constatação vale tanto para o nazismo, como para a democracia, como esclarece Pelbart: “A biopolítica do totalitarismo moderno, por um lado, e a sociedade de consumo e de hedonismo de massa, por outro, constituem duas modalidades que se comunicam. Em contrapartida, o que caracteriza a democracia moderna seria, paradoxalmente, a tentativa de transformar a vida nua em vida qualificada, ou como disse Agamben, tentar encontrar o *bios* da *zoé*, na lógica já apontada por Foucault, onde se coloca em jogo a liberdade e a felicidade no ponto exato da própria submissão – a vida nua”²³².

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

“(…) um dado natural com uma tarefa política – já que para os nazistas tratava-se de assumir politicamente sua hereditariedade biológica. A política nazista é aquela que realiza a indistinção da vida natural e da vida politicamente qualificada, mas sob fundo de sua separação. Ou seja, o nazismo separa a vida nua das formas de vida, e depois subsume as formas de vida à vida nua. Nesse sentido o racismo é secundário, no nazismo, não no sentido de que ele é menos importante, mas de que é uma decorrência dessa *práxis* biopolítica mais geral. Agamben nota que os historiadores, tão centrados na eliminação dos judeus, não conseguiram suficientemente situá-la no interior de um contexto biopolítico mais geral, uma política de eugenia, de melhoria da raça e de suas condições de reprodução. O anti-semitismo deveria ser lido à luz da produção de um corpo coletivo são. Não é o anti-semitismo que pode dar conta do nazismo, ao contrário é sua eficácia na política nazista que se explica por um quadro mais geral, biopolítico”²³³.

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

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

²³² PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 63.

²³³ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 63.

indiferentes, é a estrutura na qual o estado de exceção é realizado normalmente, de maneira estável. O campo é o espaço biopolítico mais puro pois o que ele tem diante de si é a vida nua, a pura vida, sem nenhuma mediação”²³⁴.

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

“A essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e de um espaço onde a vida nua e a norma entram num limiar de indistinção, e desse ponto de vista, um estádio onde a polícia italiana reuniu imigrantes albaneses clandestinos em 1991, o velódromo de inverno onde os judeus foram reunidos antes de sua deportação pelo regime de Vichy, as zonas de espera dos aeroportos internacionais onde são detidos os estrangeiros, as instituições para menores infratores, a base de Guantánamo, territórios sob ocupação militar, tudo isso pode ser considerado nessa ótica: um espaço onde a ordem jurídica normal é suspensa, e essa suspensão é tornada norma. Na planetarização do estado de exceção, onde uma medida provisória e excepcional se torna técnica de governo, como depois do 11 de setembro, o estado de exceção se torna um limiar de indistinção entre absolutismo e democracia”²³⁵.

Nesse passo, o “direito de não nascer” poderia ser um dos desdobramentos de duas técnicas atuais, que podem se tornar exemplo do pensamento eugênico e de expressão do biopoder, ambas presentes nos diagnósticos genéticos pré-natais e na reprodução assistida. Tais técnicas se inscrevem numa mudança de paradigma vivida pela medicina, que de curativa passou a ser preditiva, prospectiva. E quando há previsão, há, portanto, controle, pois somente o imprevisível é incontrolável.

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

Nas palavras de Carlos María Romeo Casabona, “*los descubrimientos modernos sobre el genoma humano y el perfeccionamiento y ampliación de las técnicas de reproducción assistida han abierto ya una enorme potencialidad instrumental al pesamiento eugenésico*”²³⁶. O combate a essa discriminação é fundamentado em uma ontologia médica e num forte discurso humanista presente na

²³⁴ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 64.

²³⁵ PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 64-65.

²³⁶ CASABONA, C. M. R. *Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas*. In: *La eugenesia hoy*. Carlos María Casabona (Org.). Bilbao-Granada: Fundacioan BBV, Comares Granada, 1999, p. 9.

doutrina, principalmente para proteger o não-nascido.

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

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

A partir da leitura de “Homo Sacer”, o direito à vida parece não ser um direito subjetivo individual, pois teria sido transferido ao soberano. Opondo-se a tal possibilidade, o discurso do constitucionalismo moderno considera a vida como um direito fundamental indisponível, irrenunciável e intransferível. Dessa forma, percebe-se que houve uma passagem, não na seara jurídica, mas política. Isso porque, no contrato social, os indivíduos não abriam mão do seu direito à vida, mas invisivelmente, nos pactos, não nos contratos, no plano da organização social, a vida escapou ao sujeito. Assim, a autonomia privada é, atualmente, um discurso legitimador que busca negar que “A grande metáfora do *Leviatã*, cujo corpo é formado por todos os corpos dos indivíduos, deve ser lida sob esta luz. São os corpos absolutamente matáveis dos súditos que formam o novo corpo político do Ocidente”²³⁷.

Alguns momentos fundamentais da história política moderna são ressaltados por Agamben para comprovar sua observação. Nesse sentido, a criação do instituto do *Habeas Corpus*, de 1679, e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, guardam “uma incompreensível intrusão de princípios biológico-científicos na ordem política” e só adquirem seu real sentido quando são restituídos ao “comum contexto biopolítico (ou tanatopolítico) ao qual pertencem”²³⁸.

Nessa linha de raciocínio, Agamben diz ser “O primeiro registro da vida nua como novo sujeito político (...) o *writ* de *Habeas Corpus* de 1679. Seja qual for a origem da fórmula, que é encontrada já no século XIII para assegurar a presença física de uma pessoa diante de uma Corte de justiça, é singular que em seu centro não esteja nem o velho sujeito das relações e das liberdades feudais, nem o futuro *citoyen*, mas o puro e simples *corpus*”²³⁹. Portanto,

²³⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 131.

²³⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 129.

²³⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 129.

“*corpus* é o novo sujeito da política, e a democracia moderna nasce propriamente como reivindicação e exposição deste ‘corpo’: *hábeas corpus ad subjiciendum*, deverás ter um corpo para mostrar. Que justamente o *Hábeas Corpus*, entre os vários procedimentos jurisdicionais voltados à proteção da liberdade individual, recebesse forma de lei e se tornasse, assim, inseparável da história da democracia ocidental, seguramente deve-se a circunstâncias acidentais; mas é também certo que, deste modo, a nascente democracia europeia colocava no centro de sua luta com o absolutismo não o *bíos*, a vida qualificada de cidadão, mas *zoé*, a vida nua em seu anonimato, apanhada, como tal, no *bando* soberano”²⁴⁰.

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

“No sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Isto está implícito, se refletirmos bem, na ambigüidade do próprio título da declaração de 1789: *Declaration des droits de l’homme et du citoyen*, onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro já está desde o início contido e oculto no segundo; e, neste caso, que tipo de relação existe entre eles. (...) As declarações dos direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien regime*. Que, através, delas, o súdito se transforme, como foi observado, em cidadão, significa que o nascimento – isto é, a vida natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas conseqüências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania. O princípio de natividade e o princípio de soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava lugar somente ao *sujet*, ao súdito) unem-se agora irrevogavelmente no corpo do ‘sujeito soberano’ para constituir o fundamento do novo Estado-nação”²⁴¹.

A partir dessas reflexões, Agamben retoma o pensamento de Binding, para quem “não resta ao direito outra possibilidade senão a de considerar o homem vivente como soberano sobre a própria

²⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 130.

²⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 134-135.

existência”, para dizer que “A soberania do vivente sobre si configura, como a decisão soberana sobre o estado de exceção, um limiar de indiscernibilidade entre exterioridade e interioridade, que a ordem jurídica não pode, portanto, nem excluir nem incluir, nem vetar e nem permitir”²⁴². Dessa forma, quando Binding desenvolve uma construção teórica para autorizar o aniquilamento da vida indigna de ser vivida, Agamben vê não apenas uma doutrina em favor da eutanásia, mas também a estrutura biopolítica da modernidade, essa instância de decisão sobre o valor da vida como tal, e sua articulação com o Direito²⁴³.

CAPÍTULO 2

Potências da vida: a arte interpela a política

A vida indigna, injusta, parece ser distinta da forma de vida dos demais viventes ordinários de uma comunidade. Desse modo, parece haver algo como um gesto de corte a separar os “normais” dos “anormais”, dos “monstros”.

A monstruosidade de um corpo alimenta-se da constatação de uma diferença acrescentada de uma deficiência. O organismo do monstro não vem ao estado vivente conforme aquilo que exigia o plano natural. O corpo monstruoso parece um corpo inacabado, anômico, incompleto. Vítima inocente de uma armadilha biológica, o monstro supera o *voyeurismo* das pessoas normais e descobre-se vítima de outra armadilha: a cena de sua exposição.

Entre as imagens corporais do século XX, em que a “monstruosidade” aparece auto-instituída, seria preciso destacar Orlan. O monstro parece fasciná-la, pois a artista francesa fez de seu próprio corpo uma construção aberrante. Contudo, a arte de Orlan não sugere uma promoção do repugnante, mas sim a devolução do próprio corpo de uma forma “outra”, como que insistindo em uma travessia, em uma passagem por sobre sua natureza, em uma mudança de toda norma. Com quem quer ultrapassar aquilo que é.

A monstruosidade é um efeito da natureza, ou um defeito, um “erro genético”. Mas quando

²⁴² AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 143.

²⁴³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Búrigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 144.

Orlan opta por um aspecto de monstro, sua intenção é remeter-se à possibilidade de uma invenção, de uma outra construção cultural. A velha *ratio*, uma vez defrontada com o monstro Orlan, não tem mais resposta quanto a dizer onde começa e atinge Orlan a monstruosidade, ou em conseqüência do que ela enlouqueceu. Isso treme os fundamentos humanistas, incapazes de determinar se o ser é “são”, “normal” ou “monstruoso”. Orlan parece querer, à sua maneira, mostrar-se indiferente a toda essa lógica.

O conceito de monstruosidade, portanto, alimenta-se de um princípio de identidade sombrio. O monstro, modelo de uma hibridação duvidosa ou abortada, é o corpo degenerado. A monstruosidade é, na verdade, uma tragédia. Mas contestar a ordem natural e criar algo como uma contra-natureza própria seria um ato revelador de positividade. Essa “fabricação” do próprio corpo substitui a noção de corpo submetido pela noção de corpo construído.

O simples fato de olhar o corpo pode incitar a modificá-lo em aparência, seja por um trabalho sobre a imagem, seja por um trabalho no próprio corpo. Assim sendo, seria possível resistir às amarras dessa teia que é o governo neoliberal e biopolítico dos corpos no Ocidente capitalista?

As respostas afirmativas mais interessantes dificilmente seriam jurídicas, pois sobre a invenção da liberdade paira o silêncio da lei e dos juristas.

A partir de outros lugares seriam possíveis novos horizontes, menos apegados à lógica da soberania. Parece ser essa a idéia de Foucault, quando afirma: “para lutar contra as disciplinas, ou melhor, contra o poder disciplinar, não é na direção do antigo direito da soberania que se deveria ir; seria antes na direção de um direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania”²⁴⁴.

E se todo o investimento do poder, como crê Foucault, enseja também uma resistência, existe todo um campo a ser pensado, o das potências da vida, o desejo produtivo dos corpos. Nesse passo, a resistência pela ação política poderia cuidar de desativar o vínculo entre poder e vida, vida e direito. Contra a catástrofe biopolítica emerge toda uma “biopotência”²⁴⁵. Não como promessa, nem como verdade, mas como instante, como uma linha de fuga capaz de inventar gestos e momentos de liberdade. Como uma interpelação, como algo que deixe a vida passar.

Diferente da atitude da família Perruche, que descontente com o poder médico contentou-se com uma resposta em dinheiro, uma história como a da norte-americana Helen Keller surpreende. Nascida cego-surda, em 1880, chegou a superar suas limitações e aprender a se comunicar com o exterior. Helen chegou a afirmar que seria uma benção se todo ser humano, de repente, ficasse cego e surdo por alguns dias no princípio da vida adulta. As trevas o fariam apreciar mais a visão e o silêncio lhe ensinaria as alegrias do som. Essa idéia implica toda uma pedagogia, especialmente para as pessoas

²⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999, p. 47.

²⁴⁵ Segundo o comentário de Gilles Deleuze sobre a obra de Michel Foucault, “as forças estão sempre em relação com outras forças”. Assim vida e vontade de potência poderiam se articular. (DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, p.124).

sem deficiência. Pedagogia no sentido de uma prática de liberdade, de um cuidado ou de um “viver de acordo com”. Trata-se, enfim, de uma interpelação.

Sobre uma outra espécie de resposta, cabe explorar um pouco a arte carnal de Orlan²⁴⁶. Trata-se de uma *performance* que envolve a transgressão de leis que se escrevem no corpo com uma intervenção na própria carne. Ao tratar a si mesma como um *ready-made*, Orlan abandona a arte da representação e passa a “presentar” uma rearticulação entre arte e política, nela mesma.

Já no ano de 1977, a instalação “O beijo da artista” (*Le baiser de l'artiste*) perturba a platéia. Orlan fez de seu corpo uma máquina de vender beijos. O observador-consumidor poderia, desse modo, receber um beijo da artista, em troca de uma moeda.

Provavelmente influenciada por Duchamp, Orlan molda seu corpo para compor diferentes personagens e, assim, atualizar o conceito de *ready-made*. Um outro exemplo disso foi a *performance* de simulação de uma gravidez extra-uterina. Na ocasião, Orlan permitiu ao espectador da operação acompanhar todo o rito de uma sala cirúrgica. Todo o processo foi filmado e as fitas com as gravações eram logo encaminhadas ao Centro de Arte Contemporânea de Lion, numa tentativa de exibição simultânea.

Uma das intervenções de Orlan intitula-se, de maneira significativa, *J'ai donné mon corps à l'art*²⁴⁷. Podem-se extrair dessa sentença dois sentidos principais: Orlan ofereceu seu corpo à arte, ou Orlan ofereceu seu corpo feito de arte. Mas qual o sentido disso? A artista francesa poderia responder com o seguinte comentário: “(...) sempre considerei meu corpo de mulher, meu corpo de mulher artista, como o material privilegiado para a construção do meu trabalho. Meu trabalho questionou sempre o *status* do corpo feminino, via as pressões sociais, seja no presente ou no passado, onde aponte algumas de suas inscrições na história da arte”²⁴⁸.

Mas Orlan foi mais além da tradicional palavra de ordem feminista: “nosso corpo nos pertence”. Isso porque Orlan optou por fazer de sua própria carne um verbo de interpelação. O corpo de Orlan passou a ser a tela de sua arte, passou a ser arte viva, e Orlan abandonou as velhas representações. A arte carnal de Orlan se “presenta”, faz de seu corpo campo de batalha.

Em suas intervenções, Orlan remodela o próprio corpo segundo tipos escolhidos na história da arte ou na mitologia e nos quais ela pretende se achar e se perder. O ponto culminante de sua proposta são as operações que Orlan executa em bloco cirúrgico.

La Ré-Incarnation de Sainte-Orlan (“A Reencarnação de Santa Orlan”, 1990-1995), por exemplo, consistiu, em parte, no implante subcutâneo de duas próteses de silicone utilizadas para cirurgia plástica logo acima da região da sobrancelha. Para essa cirurgia-*performance*, Orlan vestiu uma espécie de bata assinada pelo estilista Issey Miyake, leu trechos de textos de Artaud e também trechos de um texto sobre ela mesma, de autoria de um psicanalista lacaniano chamado Eugénie

²⁴⁶ O'BRYAN, C. J. *Carnal art: Orlan's refacing*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2005.

²⁴⁷ ARDENNE, Paul. *L'image corps*. Paris: Éditions du Regard, 2001, p. 419.

²⁴⁸ O'BRYAN, C. J. *Carnal art: Orlan's refacing*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2005, 141-150.

Lémoine-Luccione. Tudo foi filmado de modo a registrar sua imagem antes e depois, bem como para que fosse registrado o processo de escultura carnal, transmitido em museus de diferentes países.

Com o auxílio dos bisturis e também do computador, Orlan conseguiu fazer de seu corpo um híbrido, um *morphing*, pois sua imagem sempre renovada a situa, por vezes, no terreno da monstruosidade, ao expor seus inchaços e cicatrizes faciais. Contudo, segundo Orlan, essa arte carnal é apenas um trabalho de auto-retrato no estilo clássico, mas com o auxílio dos meios tecnológicos de seu tempo. Nesse sentido, a arte carnal oscila entre a desfiguração e a refiguração e inscreve-se na carne porque contemporaneamente é que surgiu tal possibilidade.

O corpo se torna um *ready-made* modificado, não mais aquele *ready-made* tradicional, que basta estar assinado. Orlan somente identifica aquilo que é desejado. Desse modo, expõe a realidade obsoleta do corpo e, pela arte, inaugura uma morte seguida de ressurreição ao dar seu próprio corpo à arte.

Proclamar-se Santa Orlan é remeter a esse ideal do “eu”, a esse controle da própria identidade, em uma alusão à figura da Santa, ou da Madona. Curiosamente, a opção de Orlan é proclamar a santidade da alma enquanto profana o corpo. Essa interpelação pode ser compreendida como um gesto artístico, mas também político.

A artista, ao santificar-se por meio de seu próprio decreto, profanou as leis religiosas, jurídicas e naturais. A autobeatificação de Orlan é uma blasfêmia. A força de lei do Decreto de Orlan é inconstitucional. O novo rosto de Orlan é antinatural, inumano.

Essas sessões cirúrgicas, de certo modo, rompem a barreira que separa realidade de ficção e são concebidas pela artista francesa como interpelação. Por isso mesmo suas *performances* envolvem a leitura de textos sobre o corpo e todo um ambiente musical que embala um gesto que principia com a reapropriação de si, como se fosse preciso tomar o corpo de volta para, em seguida, devolver seu corpo usando a carne como arte. Assim a encarnação é possível, assim a representação é dispensada como motor da arte de Orlan. Uma arte que já não reconhece muro a dividir vida e morte, pois a arte absorveu seu corpo.

Para Orlan, o corpo é um objeto, tal qual um livro. É o que sugere em seu manifesto da Arte carnal. O artista poderia tomar contato com esse objeto-corpo e seria legítimo querer imprimir uma marca na carne. Orlan parece, então, dar-se conta que o corpo tornou-se mesmo modelável. Por isso mesmo Orlan diz *This is my body, This is my software* (esse é meu corpo, esse é meu *software*). Ela parece querer marcar como a velocidade das novas tecnologias reconfiguram os corpos. Mas não foi a artista francesa que iniciou esse gesto.

De acordo com Michel Foucault, as disciplinas do corpo e as regulações da população seriam os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu toda uma organização do poder sobre a vida. A instalação, durante a época clássica, desta tecnologia de poder apresenta uma face anatômica e biológica, e outra individualizante e especificante. São, portanto, estratégias voltadas para os

desempenhos do corpo e para os processos da vida. Trata-se de uma tecnologia caracterizada por veicular um poder cuja função mais elevada não seria mais matar, mas sim investir sobre a vida, “de cima para baixo”²⁴⁹. Com Edelman, pode-se complementar o raciocínio de Foucault, pois se a tecnociência, ou seja, a conjunção da ciência e do mercado, conduz àquilo que se pode chamar de um “modo de produção biológico”²⁵⁰, onde todo ser vivo seria anormalmente considerado num processo de valorização econômica, a arte carnal apenas se utiliza dos mecanismos tecnológicos para demonstrar que o corpo está submetido às leis médico-científicas, cujos padrões psicofísicos são frequentemente estabelecidos a partir de uma definição ideológica da normalidade e cujas diferenças em relação aos modelos propostos são quase sempre interpretadas como imperfeições a corrigir e desvios a desaprovar. Nesse sentido, Orlan parece interpelar a politização da vida, dos corpos.

Portanto, a arte carnal, como pensa Orlan, não se interessa pelo resultado plástico final de sua cirurgia, mas sim por fazer de uma operação-*performance* o catalisador de um debate público em torno dessa metamorfose corporal. O corpo operado de Orlan passeia na cidade como se desejasse provocar uma reflexão coletiva sobre suas chagas.

Muitos imaginam ser isso uma forma de loucura, uma esquizofrenia, como se Orlan não tivesse atingido algo como a plena consciência. Contudo, o trabalho de Orlan parece demonstrar a desconstrução até mesmo da clínica psicanalítica.

Apesar da arte carnal ainda parecer enigmática, na medida em que Orlan se afasta de certos padrões biológicos, ela situa seu corpo em uma zona de desarticulação entre vida e Direito. Desse modo, tudo se passa como se Orlan desejasse denunciar o Direito em sua não relação com a vida e a vida em sua não relação com o Direito. O corpo de Orlan parece mesmo o resultado de uma fratura, de um corte biopolítico. Na cirurgia-*performance* de Orlan, as leis biológicas e jurídicas são profanadas para afirmar a vida. Esse é o gesto de Orlan. Nessa linha, a arte de Orlan parece coerente com o diagnóstico de Michel Foucault:

“Já não se espera mais o imperador dos pobres, nem o reino dos últimos dias, nem mesmo o restabelecimento apenas das justiças que se crêem ancestrais; o que é reivindicado e serve de objetivo é a vida, entendida em suas necessidades fundamentais (...). Pouco importa que se trate ou não de utopia; temos aí um processo bem real de luta; a vida como objeto político foi de algum modo tomada ao pé da letra e voltada contra o sistema que tentava controlá-la”²⁵¹.

Desse modo, tudo se passa como se a arte servisse para colocar em questão toda uma máquina

²⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 131.

²⁵⁰ EDELMAN, Bernard. *La persone em danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 227.

²⁵¹ FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 136.

biopolítica, toda uma retórica da saúde e da doença, toda uma estigmatização do normal e do patológico, normas socioculturais de sujeição dos corpos ao poder médico, ao biopoder.

Em outro universo cultural, conta-se que muitos povos indígenas ainda hoje eliminam bebês nascidos com deficiência. Sem entrar no mérito do genocídio e de toda a violência cultural branca contra esses povos indígenas, parece curioso pensar o que se passou com os Urubu Ka'apor.

O povo Urubu Ka'apor vive no norte do Maranhão. Suas terras fazem limite, ao norte, com o rio Gurupi, ao sul, com os afluentes meridionais do rio Turiaçu, a oeste, com o Igarapé do Milho, a leste, com uma linha no sentido noroeste-sudeste quase paralela à rodovia BR-316. Todos os córregos e rios drenam para três grandes rios: Maracaçumé, Turiaçu e Gurupi, que, por sua vez, deságuam diretamente no oceano Atlântico. Seu nome indica que esse povo é chamado por deixarem “pegadas na mata”, ou por serem “moradores da mata”.

Ka'apor é uma língua da família Tupi-Guarani que não é falada por nenhum outro grupo conhecido. E os Ka'apor também são lingüisticamente peculiares por terem uma linguagem padrão de sinais, usada para a comunicação com os surdos, que, até a metade dos anos 80, compunham cerca de 2% da totalidade de sua população. A incidência de surdez deveu-se a uma endemia que foi erradicada. Depois do contato com os brancos, esse povo foi contaminado com doenças e muitos bebês nasceram cego-surdos na tribo.

O interessante não é notar como esses bebês, com o tempo, deixaram de ser descartados, mas sim que foi inventada uma nova linguagem de sinais apenas para conversar com essas crianças nascidas com deficiência. Essa prática Urubu Ka'apor mostra algo da ordem da potência da vida, da possibilidade do impensável.

Aliás, pensar o drama de Nicolas é pensar o drama da potência da vida e do impensável. Nessa linha, o drama do auto de natal pernambucano escrito por João Cabral de Melo Neto também aparece como fonte de inspiração e de problematização.

Em ambas as histórias está em questão um salto da vida, ou um salto para a vida. Nicolas e sua vida severina, Severino e sua morte não nascida: dois exemplos do que João Cabral descreveu como a condição do morto ainda com vida. Ou, nas palavras de Gil Vicente:

“Nós somos vida das gentes
e morte das nossas vidas”.

Morte e vida de Severino: encontros com a morte e desencontros com a vida que marcam o percurso de um retirante do sertão do Nordeste brasileiro em direção à zona da mata, onde a vida é menos seca.

Em todo esse trajeto a morte se fez presente, a ponto de Severino crer que essa era mesmo a consequência natural de seu destino. Em um momento de agonia, em que parece querer antecipar seu futuro, o suicídio lhe vem à mente: saltar da ponte seria a forma radical de desativar a tensão das forças que perpassam sua vida e torturam seu corpo, seus sentidos. Mas quando Severino conversa com José,

o mestre carpina, que espera pelo nascimento de seu filho, o advento de uma vida, ainda que outra vida severina, recoloca e reelabora todo o ciclo da existência e da condição humanas.

Uma leitura menos conformista do poema poderia lembrar que a esperança no princípio da natalidade não se desvencilhou da biopolítica, mas o que parece importante no auto de natal pernambucano é um gesto. A cada um e a todos nós cabem gestos de resposta à questão da vida, cotidianamente.

Para o presente trabalho, interessa pensar esse problema a partir do Acórdão Perruche.

Morte e vida de Nicolas Perruche: corpo presente diante da lei e da resposta jurídica como resposta biopolítica. Mas quando a lei é silente o que dizer a Nicolas?

Talvez a resposta esteja escrita na pergunta. Seria preciso dizer algo a Nicolas. Dirigir-lhe a palavra. José conversou bastante com Severino. Sem dúvida no caso de Nicolas seria preciso apelar para a criatividade, para a arte, enfim, para outras práticas, como nas respostas de Orlan, Helen Keller e do povo Ka'apor.

Mostrar a potência da vida que dorme nos corpos, eis algo a compartilhar com Nicolas. Mas isso só pode ser feito num gesto de alteridade, num estar-com.

Olhar para Nicolas sem percebê-lo como infante, como aquele que não pode falar. Prestar atenção em sua voz surda, esse é o desafio.

Diferente do drama de João Cabral que terminou com a esperança na vida de uma criança como resposta, o drama da Corte de Cassação no *Arrêt* Perruche terminou com a resposta de morte para a criança que veio à vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O SILÊNCIO DE NICOLAS PERRUCHE

A emergência do direito de não nascer parece iluminar o seguinte: ao lado do direito à vida exige-se, no mesmo nível de fundamentalidade, um predicado que acompanhe essa forma de vida, ou seja, direito à vida é sempre compreendido como direito à vida digna.

Dessa maneira, sujeito e pessoa seriam categorias dispensáveis, pois os gestos de corte atuais separam a vida digna de ser vivida da vida indigna de ser vivida.

A vida indigna de ser vivida, mesmo sob o império da lei não se contrapõe a certo estado de exceção, a certo domínio cinzento em que essa vida nua poderia ser morta sem que isso fosse considerado crime. A vida digna norteia decisões sobre questões individuais e coletivas, tanto o diagnóstico pré-natal quanto a legítima defesa preventiva. Ora, tal contexto parece relativamente claro quando se trata de uma discussão sobre a base militar norte-americana em Guantânamo, em que não vale a lei cubana, nem a Constituição norte-americana, mas sim uma lei de emergência, de exceção, uma norma que não é lei, mas que tem força de lei, agindo sobre corpos sem nome, sobre um grupo de supostos responsáveis pelo terror, no império da vida digna.

Um exemplo mais afeito ao campo privado, como no caso da eutanásia, o direito de morrer costuma ser pensado somente a partir da autonomia do sujeito e da dignidade humana. Mas uma outra leitura poderia ser feita, especialmente no caso da “eutanásia pré-natal”, ou melhor, de um direito de morrer que seria, na verdade, um direito de não nascer.

Mas só é possível pensar no direito de não nascer se fosse aceitável mensurar dois estados da vida, ou seja, mensurar se a forma de vida está abaixo ou acima do parâmetro mínimo de dignidade.

Nesse sentido, é importante perceber que esse problema envolve outras questões difíceis, como a discriminação genética e a clonagem. Apesar de serem temas presentes no debate jurídico internacional, a ponto de terem sido aprovadas declarações da UNESCO, considerando o genoma como patrimônio comum da humanidade e falando dos princípios bioéticos coerentes com a proteção dos direitos humanos, trata-se de temas pouco pensados a partir da filosofia política contemporânea.

As técnicas e práticas já à venda no mercado biotecnológico fazem do espaço da vida privada também um campo de decisão sobre a vida, uma decisão que, sendo radicalizada, afetaria toda a espécie humana. Nesse momento da vida privada o Direito é solicitado para dar respostas. A escolha que os pais podem fazer sobre as características genéticas de seu filho e a invocação do direito de não nascer parecem ecoar sutilmente a permanência da incapacidade moderna de convivência com a diferença. Esse sutil princípio de seleção, desejado pelos pais, recomendado pelos médicos e oferecido pelo mercado aos consumidores de novas tecnologias aplicáveis à saúde permite uma grande virada no tratamento dos anormais: no lugar da prisão, ou, ainda, no lugar da pena de morte sem dor, a concessão do direito de não existir, pelo aborto ou pela eutanásia, expressões singulares, individuais da eugenia e do genocídio.

Com isso não se quer simplesmente defender uma postura contrária à interrupção voluntária da gravidez, e nem contra a opção pela reprodução assistida; trata-se, em verdade, de problematizar as conseqüências dos discursos e das práticas contemporâneas em sua articulação com as novas tecnologias e com a vida, temas ainda espinhosos para os juristas.

O direito dificilmente admite que o domínio sobre o corpo, em muitos momentos, mesmo com a vigência da lei, escapa ao sujeito a ponto da captura da vida pelo poder permitir seu abandono. Assim, uma biopolítica faz viver e deixa morrer, mas permite, também, fazer morrer, ou, ainda, não deixa nascer. Enfim, esse contexto em que a vida se desgarra do sujeito de direito e se articula com a técnica, em que há certa perda do humano consentida, impõe-se uma reflexão sobre a declaração de vontade autônoma e racional dos sujeitos biopolíticos, ainda obedientes à lei. Essa foi a proposta do presente trabalho: um exercício das potencialidades e dos limites do regime jurídico moderno do domínio sobre o corpo, a partir de um caso concreto, o caso de Nicolas Perruche, decidido no Acórdão da Corte de Cassação francesa, em 2000.

O *Arrêt* Perruche e seus discursos indicam que o direito de não nascer já é possível de ser dito e iluminado, pois, sob o manto de políticas públicas, poderes médicos e até mesmo sob a vontade dos pais que decidem sobre as características genéticas do filho que irão ter. Este novo direito subjetivo aparece desvelado, resta ao jurista lapidar esta nova jóia da coroa dos direitos da personalidade.

O direito de não nascer, por outro ângulo, é a decisão política sobre a vida indigna de ser vivida, decisão tomada, por vezes, de modo semelhante quando são descartados embriões excedentes, quando se permite a antecipação terapêutica de parto. Mas isso não pode ser confessado. É como se o “direito de não existir” existisse mas não pudesse existir, ou, ao menos, como se não pudesse aparecer,

como se fosse um segredo.

Ainda que fosse possível retomar o conceito de direito subjetivo de Ihering, para pensar a tutela jurídica dos interesses, como o de Nicolas ou do embrião, o reconhecimento do direito de não nascer estaria igualmente atrelado a uma constatação: mesmo o abandono ou a morte demandam uma legitimação jurídica.

Assim como acontece na eutanásia, é preciso que o Estado e o indivíduo liberem o abandono ou o descarte da vida. Mas a cultura ocidental moderna não parece capaz de admitir isso, de admitir que existam formas de vida que devem morrer, ou, pelo menos, que não devem nascer. E se existir alguma solução para isso, seria apenas uma resposta provisória, nunca uma verdade eterna. Seria apenas a produção de uma linha de fuga.

A aplicação do direito pela jurisprudência francesa e norte-americana, ainda apegadas às categorias jurídicas modernas e à crença na tutela da pessoa com base nos conceitos de *civil rights* e liberdades públicas, direitos humanos e direitos da personalidade, não foi capaz de solucionar a questão dos efeitos nefastos que podem gerar a declaração de vontade do sujeito da biopolítica.

Para demonstrar os limites dos discursos constitucional, civil e bioético na tutela da vida digna, pelo regime jurídico moderno do corpo humano, coloca-se a seguinte indagação: admitindo-se a linha de raciocínio do Acórdão Perruche, por ocasião da ADPF nº 54 a ser julgada no Brasil, não estaria para ser recepcionado, apesar da proibição do aborto no Brasil, certo direito de não nascer? Não seria consagrado certo direito de não nascer, ao se aceitar a antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo? Do outro lado da margem, coloca-se outra pergunta: se não existe o direito de não nascer, será que não haveria ao menos certo acordo sobre a forma de vida que não deveria ter nascido? Não seria essa a mensagem oculta do Acórdão que reparou a perda da chance do aborto e o nascimento de uma vida não eficaz, “anormal”?

Nos domínios da biopolítica as práticas do cotidiano mudam a política. A doutrina constitucional se preocupa em marcar a centralidade da teoria dos direitos fundamentais. Isso significa reconhecer que, a partir da herança do liberalismo político europeu, o moderno Estado Constitucional apresenta-se como Estado Democrático de Direito, um Estado comprometido com a sociedade e com o respeito aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva política, o Estado está minimamente obrigado a abster-se de condutas que violem direitos fundamentais e também está obrigado, ao menos, a prestar serviços públicos que possibilitem a fruição de direitos fundamentais pelos cidadãos. Nessa ótica, os direitos fundamentais devem ser entendidos como auto-aplicáveis, ou seja, que incida, imediatamente; sua eficácia terá a grandeza de sua força, ou seja, obedecerá ao grau de grandeza que a Constituição conferiu a cada direito fundamental previsto em seu texto (nesse ponto, importa perceber que, quando se trata de direito fundamental, deve-se estar atento aos inúmeros feixes de posições jusfundamentais emanados).

O direito fundamental à vida, portanto, pode impor tanto um dever de abstenção do Estado quanto um dever prestacional. Em outras palavras, o direito fundamental à vida pode impor mandamentos objetivos e garantir direitos subjetivos exigíveis. Assim sendo, para que seja compreendida a crítica do presente trabalho, seria preciso olhar para os limites: limites do direito fundamental à vida, que, em contrapartida, inscreve a subjetividade em uma ordem estatal capaz de ameaçar o vivente de morte. Os limites do direito à saúde, que é, na verdade, o direito prestacional de serviço público para o cuidado com a saúde, que, em contrapartida ao princípio de fazer viver, pode, também, optar por deixar morrer. Limites do direito subjetivo capaz de interferir sobre bens de personalidade não somente externos, mas pertencentes a um outro sujeito, como é o caso da escolha pelos pais das características genéticas do filho.

Expor esses limites significa problematizar, em última instância, a ambivalência da própria idéia de dignidade humana, sobre a qual repousa a vida. Ou seja, significa reconhecer que à sombra da idéia de dignidade humana foi encoberta a idéia de indignidade humana em uma dualidade pública e privada. O registro dignidade é único, mas essa estrutura tem funções diferentes no espaço público e privado. Dito de outra maneira: existe uma interação curiosa entre as idéias de vida e dignidade na modernidade. Essa dualidade permite que seja perseguido o ideal da vida digna e, de outro lado, permite que seja abandonado ou até mesmo descartado o que resultar em uma forma de vida indigna de ser vivida.

Tal diagnóstico mostra que a ação e a omissão do Estado, assim como a ação e a omissão dos indivíduos, até mesmo quando direcionadas a proteger ou reivindicar um direito fundamental, podem, ainda que isso não seja intencional, fazer operar certo princípio de seleção, fazendo surtir os efeitos nefastos de uma nova tecnologia de poder que incide sobre a vida para fazê-la proliferar, mas também para enquadrá-la, ou abandoná-la, e até mesmo matá-la.

Essa fissura na dignidade da vida coloca em xeque os grandes pilares que sustentam a civilização ocidental moderna. Trata-se de tema difícil a ser enfrentado pelos juristas, tendo em vista que as categorias jurídicas liberdade, autonomia da vontade, pessoa, sujeito de direito, direito subjetivo, permitem uma veiculação legítima desse poder de decisão estatal e individual sobre a vida, dessa decisão sobre o estado da vida, ou sobre o estatuto da vida. Esses são os pilares em que a decisão sobre quem decide sobre a vida e sobre quanto vale a vida se apóiam na biopolítica.

Apesar de o nascimento com vida garantir uma série de direitos, existem momentos em que se suspende instantaneamente a normalidade, para então se decidir sobre o estatuto da vida, para se decidir se se trata de uma vida digna de proteção, de uma vida digna de ser vivida, ou, ao contrário, de uma vida indigna de proteção, de uma vida indigna de ser vivida, de uma forma de vida que pode ser despida da capa protetora da cidadania, de uma forma de vida que pode ser abandonada nua, para que se torne invisível, para que desapareça, ou para que nunca venha a existir.

Em alguma medida, esse é o pano de fundo do Acórdão Perruche, e também de muitos outros, como o caso brasileiro sobre anencefalia. Esse é o contexto biopolítico em que cabe ao sujeito-soberano decidir sobre certo estado de exceção em que se encontra uma forma de vida nua, que pode ser manipulada ou descartada, que pode ser considerada digna ou indigna de ser vivida.

Giorgio Agamben, ao explicitar que está a ampliar o projeto de Michel Foucault, acaba por trilhar um caminho próprio, a ponto de provocar uma transformação no conceito de biopolítica. Mas um olhar sobre o poder do sujeito sobre seu corpo e sobre os bens que lhe são externos, os chamados bens da personalidade, ou direitos da personalidade, seguindo a intuição de Foucault e de Agamben permite problematizar o impacto das novas tecnologias, as promessas da genética, os mandamentos objetivos e os direitos subjetivos relacionados ao ideal do “filho que eu quero ter”.

Esse campo até então pensado pelos juristas especialmente a partir dos princípios da autonomia privada e da autonomia pública deve passar a ser repensado a partir desses outros marcos teóricos, igualmente relevantes, até mesmo para o Direito.

Com base em Foucault, pode-se reconhecer que o nascimento da biopolítica é o nascimento de uma nova expressão do poder, de uma nova tecnologia de poder: a arte neoliberal de governo dos viventes. A visão de Foucault força um abandono da teoria tradicional do poder, ainda apegada ao conceito de soberania.

Diferente do poder vertical do soberano sobre a vida e a morte de seus súditos, Foucault nota o aparecimento de um poder diferente. Isso está mais claro para os juristas no curso “Em defesa da sociedade”, em que Foucault trabalhou com mais fôlego o conceito de biopoder. Esse conceito novo serviu para marcar a posição de Foucault em relação aos diferentes discursos sobre o poder. Nesse sentido, Foucault quis frisar que o biopoder constitui um poder singular, que se dá de forma horizontal, ou circular, incidindo sobre tudo e sobre todos como se formasse uma teia de poderes microfísicos que perpassam a realidade. Foucault tentou demonstrar, desde sua aula inaugural no *College de France*, que mesmo a ordem de um discurso veicula poder, está permeada por uma vontade de verdade e isso faz com que até mesmo o discurso tenha efeitos de poder, efeitos de verdade.

Em outras palavras: ao discurso também cabe exercer ou veicular um poder dotado de vontade de verdade capaz de constituir a realidade. Com Foucault, o poder é percebido como estratégia, como tecnologia, como prática capilar, microfísica, não dependente da lógica da soberania. Conforme Foucault, a genealogia desses poderes remete a um momento de fissura na explicação tradicional do poder, quando, a partir do fim do século XVII, emergem tecnologias de poder destinadas a disciplinar o corpo e, mais adiante, no século XVIII, quando emergem tecnologias de poder destinadas à população.

Essas novas tecnologias de poder parecem mostrar o ingresso da vida nos cálculos do poder,

certa estatização do biológico, o que introduziu a vida no domínio do poder. Não por acaso os cálculos e estatísticas relacionadas à vida ganharam espaço, estatuto de ciência e, até hoje, servem, entre outras coisas, para pautar ações políticas em âmbito interno e internacional. Pense-se na importância da demografia e do IDH, por exemplo. O poder sobre a vida gerou políticas sobre a vida, tecnologias sobre a vida, discursos sobre a vida, éticas da vida (como a bioética). O contexto do biopoder e da biopolítica é ainda sentido no ocidente e naqueles países sob a influência dos valores da Europa ocidental.

Portanto, uma reflexão sobre como o jurídico se articula na biopolítica abarca a questão do regime jurídico moderno sobre o corpo e as diferentes tutelas do direito à vida, oferecidas pelo constitucionalismo, pelos direitos humanos, pelo direito civil, especialmente pelos direitos da personalidade, nos termos das lições deixadas por Foucault e renovadas por Agamben, ainda que em sentidos diferentes.

Assim, quando se pensa sobre a vida à luz do direito privado, costuma-se tratar como pressuposto o direito fundamental à vida, importando mais os seus corolários, especialmente aqueles que são traduzidos em poderes jurídicos do indivíduo reconhecidos pelo Direito, ou seja, admitidos como direitos subjetivos.

A subjetivação do direito faz com que o indivíduo possa exigir algo daquele que se encontra no lugar de obrigado, ou, ainda, confere ao indivíduo racional uma esfera de liberdade para agir e de autonomia para decidir a respeito de algo, devendo tal decisão ser respeitada. Essa decisão do sujeito, emanada em sua declaração de vontade, ou essa autolegislação, não encontra resistência e demonstra como o ideário liberal foi vitorioso e segue influenciando o direito privado moderno.

O movimento de codificação e mesmo a renovação do direito privado moderno não deixou de considerar que o nascimento com vida faz do vivente um sujeito de direito, agora dotado de personalidade jurídica. Essa personalidade é expressa e encontra sua medida na capacidade que o sujeito – pessoa natural – tem de agir na ordem civil. Esse é o percurso de reconhecimento dos poderes privados de um cidadão.

Assim, antes de nascer, a noção jurídica de sujeito antecede o conceito de pessoa ao mesmo tempo em que considera o ser por vir como sujeito de direitos e deveres. Aliás, ainda que a rigor sujeito não seja, o ordenamento jurídico oferece tutela específica aos interesses do nascituro, o que faz com que parte da doutrina afirme que o princípio da dignidade humana alcança o embrião e lhe garante proteção. Note-se, portanto, que a preocupação com a vida, com a dignidade humana, e, ao mesmo tempo, com a liberdade e autonomia do sujeito racional, consagram certa visão humanista e liberal do Direito.

Essas conquistas históricas são expressões de realização parcial das promessas modernas de

liberdade, autonomia, dignidade e emancipação e são contrapostas aos totalitarismos recentes identificados com o contexto da Segunda Guerra Mundial.

As promessas modernas indicam superação dessas patologias do poder soberano e encontram no discurso das novas tecnologias um catalisador apto a antecipar, aprimorar e certificar a vontade do sujeito de direito. Nesse sentido, na seara dos direitos reprodutivos, aquilo que alguns autores chamam de direito ao filho pode coincidir exatamente com um desejo: o do filho que quero ter.

Isso significa que as novas tecnologias impulsionaram um mercado sedutor, pois o sujeito vê nas maravilhas da tecnociência aplicada à genética uma promessa de realização de felicidade e vê no Direito a permissão para desejar o filho como quer que ele seja. O fetichismo dessa nova mercadoria à venda coloca a questão do ingresso da vida também nos cálculos do capital.

Quando é dado aos pais escolher as características genéticas do filho, vê-se um outro problema. Aí está a questão do ingresso da vida no espaço de decisão do sujeito, no domínio do sujeito. Aí está a situação fática em que ao vivente é dado ocupar não apenas o lugar de sujeito, mas também de objeto. Ou, ainda, ao vivente é dado ocupar o lugar de quem sujeita e também o lugar de quem é sujeitado. Nesse sentido, o desejo do filho pode ser satisfeito e o direito ao filho permite o exercício de poderes privados que incidem sobre a vida de um ser vindouro, sobre as características genéticas do filho. Esses poderes não são apenas os poderes do indivíduo, mas também os poderes médicos.

Ora, essa decisão sobre o rompimento da contingência, essa decisão sobre a forma da vida que virá é considerada bastante legítima e saudável, não apenas legal. Afinal, haveria sentido em se deixar de optar por uma gestação saudável?

A contrapartida desse desejo e desse direito pode ser igualmente sombria. Isso porque a escolha da vida que vem reconhece, de outro lado, a renúncia ou o descarte de uma forma de vida que não deveria ter vindo, ou que veio em desacordo com a vontade declarada, em desconformidade com a promessa laboratorial. Essa forma de vida que não merece ser vivida pode ser abandonada e descartada, pois está sob o domínio e dentro da esfera do poder de disposição do sujeito. Esse discurso da saúde e da salvação pode levar também à danação.

Seja como for, as conseqüências da determinação genética serão sentidas no âmbito privado, num primeiro momento, e em toda a sociedade, num futuro breve. Dessa maneira, a raiz do problema é a seguinte: está em jogo, desde já, certa decisão política sobre o futuro da espécie, ou sobre o futuro do humano.

Uma visão procedimental da democracia e da Constituição, em tese, exige autorização do consenso estabelecido depois de um debate entre os integrantes livres e iguais da comunidade política para que tal decisão pudesse ser tomada.

Contudo, como já podem surtir efeitos esses poderes individuais de escolha, não seria descabido antecipar que aos humanos vem sendo permitido - pelo Direito - uma nova maneira de manejar a seleção da espécie. Sem pensar se haverá uma distinção entre aqueles seres que puderam optar pela seleção e aqueles que não puderam, essa tendência mostra certa mutação no conceito de humano, mostra uma caminhada em direção à perda do humano.

Nesse sentido, seria difícil pensar o que mudaria o conceito de humano: a seleção, ou a forma de vida obsoleta, sem recursos para se aperfeiçoar?

Seja como for, esse processo de perda do humano coloca diversos outros conflitos, porque, teoricamente, poderia indicar que a seleção integra o mínimo existencial. Ora, se o mínimo existencial está ligado à dignidade humana, e se a seleção está ligada à forma de vida digna de viver, parece haver a possibilidade de invocar-se o mínimo existencial para buscar a seleção como modo de garantir o pressuposto de uma nova igualdade, como modo de evitar a discriminação genética.

Ora, se a sociedade discutir essa possibilidade de maneira laica e optar racionalmente pelo princípio de seleção dessa forma doce e sofisticada de eugenia liberal, de eugenia privada, a ponto de ser votada uma lei, significa, provavelmente, que houve bastante debate e que, de alguma forma, tentou-se cristalizar a vontade geral dos viventes numa lei. Hipótese menos mirabolante seria a prestação de serviço público de saúde que contemplasse e permitisse o acesso a tais recursos para toda a população. Delirando menos, talvez seja minimamente concebível que um juiz, diante da insuficiência da lei e dos precedentes jurisprudenciais, ao ponderar sobre a colisão de direitos fundamentais, possa extrair uma norma para o caso concreto e aplicar o Direito no sentido de reforçar a relativização e até a indistinção do que é permitido ou proibido nesse campo de situações fáticas inusitadas provocadas pelas novas tecnologias. Em verdade, essa última possibilidade, de alguma forma, guarda relação como o caso *Perruche*.

O direito de não nascer parece ser um feixe sem brilho, mas que ocupa uma posição jusfundamental. Trata-se do avesso do direito à vida. Esse avesso não é representado somente pelo direito de morrer, é representado também pelo direito de não nascer. Em tempos de fabricação da vida, não deve causar espanto a tentativa de se evitar a fabricação da morte. Enfim, o que acontece quando o juiz é interpelado em casos como o *Perruche*? Teria o juiz direito de ir contra o resultado do debate democrático, contra a lei? Pensando no caso em tela, poderia o juiz decidir contra a lei do aborto? Parece que não. Parece que essa saída não encontra respaldo porque iria ferir o princípio de proibição do retrocesso. Mas, se isso ocorrer, pode ocorrer, depois, a retro-alimentação do sistema, que devolveria a apreciação dessa questão ao povo.

Enfim, a tentativa de o juiz extrair o substrato da vontade da Constituição pela interpretação lhe permitiria dar nova forma à norma constitucional. Ora, quando a Corte de Cassação francesa garantiu a indenização pedida por Nicolas Perruche e pelo Caixa Primário de Seguro à Doença, CPAM

de Yonne, espécie de órgão público de assistência à saúde e seguridade social, a mensagem seria a seguinte: para além da perda da chance e da inexecução do contrato, o que foi reparado é mais que a vida injusta, ou seja, foi reparado um novo direito subjetivo da personalidade, o direito de não nascer com deficiência física, o direito de não nascer anormal, indigno.

É nessa linha que o nascimento de uma vida com deficiência significa o fracasso do descarte da vida indigna, e tal insucesso consistiria em uma violação do direito da própria criança com deficiência a não nascer. Ora, qual é o valor substancial tutelado pela Constituição? Pode-se responder facilmente: a vida, mas a vida qualificada, a vida digna. Assim, qualquer forma de vida que não seja digna, a forma de vida que for despida de qualidades, a vida nua, pode ser descartada, pois se trata de vida indigna de ser vivida.

De outro lado, o jurista procedimentalista pensa nos ritos e nas condições de possibilidade que os membros da comunidade política devem obedecer para participarem da sociedade aberta e livre de homens iguais aptos ao diálogo e à participação radical. Mas esses pressupostos – igualdade e liberdade – são condições para a ação comunicativa, de modo a permitir que todos sejam partícipes da sociedade que interpreta a Constituição. Só assim se poderia dizer que todos são intérpretes da Constituição. Nessa linha, sobre a crítica do hiato entre os pressupostos abstratos do procedimentalismo e a dura realidade brasileira, em que a média de estudo é de quatro anos e meio, por exemplo, tem-se que a sociedade brasileira é estruturalmente desigual e nem sempre lhe servem modelos europeus. Contudo, um bom procedimentalista argumentaria que exatamente por isso seria importante fazer de todos os cidadãos seres iguais perante a lei. Todos devem estar no mesmo patamar para iniciar um debate democrático apto a formar consensos, aptos para o agir comunicativo.

No caso Perruche, as novas tecnologias trazem uma perturbação: a possibilidade de quebrar o pressuposto radical de que os homens nascem iguais. Até há pouco tempo, todos os homens nasciam sem uma interferência original. Contudo, com o advento da manipulação genética, com o diagnóstico pré-implantatório, começou-se a ter poder para interferir nas características do ser que ainda vai nascer. Isso pode ser bom, porque fará do ser vindouro uma forma de vida entendida como mais saudável, ou mais qualificada.

Como diz o próprio Habermas, isso instaura uma desigualdade originária, que quebra a isonomia entre os seres que estão para nascer, pois alguns terão seu material genético previamente modificado, sem que tenham sido consultados previamente. Nesse sentido, a pesquisa tentou problematizar e criar um espaço de tensão, de perturbação para sensibilizar os juristas, pois tal tipo de discussão dificilmente tem espaço no processo judicial, lembrando que a Corte de Cassação chegou a levantar hipóteses como a eugenia, mas terminou discutindo o caso Perruche apenas com base em categorias da responsabilidade civil, do direito patrimonial.

Portanto, a posição de denunciar a despolitização do Direito é uma tentativa de politizar o

debate das novas tecnologias. Essas perturbações forçam uma tomada de atitude, uma tomada de decisões com base em outros gestos. Numa época em que a moral da vida, a bioética, foi colonizada pelo poder, pelo biopoder, a valorização da vida, o humanismo liberal (que conjuga o valor da pessoa e também a autonomia da vontade individual e a filosofia do sujeito) pode implicar não só uma ressacralização da vida pelo Direito laico, quando apela para a proteção da dignidade da pessoa como valor fundamental, mas também uma maneira de descartar-se a vida nua pela autonomia privada, já que a forma de vida despida de predicados, aquela vida indigna de ser vivida pode ser abandonada, ou morta, sem que isso seja considerado homicídio.

Nicolas Perruche não deveria ter nascido de acordo com os pais, com a CPAM, e, em tese, de acordo com o próprio Nicolas, que, a rigor, é o autor da ação (mesmo que representado pelos pais). Tal ação coloca em choque os valores do humanismo liberal justamente ao se buscar a tutela da pessoa humana, digna e livre para agir e para interferir sobre o próprio corpo e também sobre o corpo do outro.

A discussão jurídica se dá com base em conceitos clássicos e a tentativa de reflexão crítica dos juristas sobre o Acórdão não propõe outros conceitos e nem outras respostas jurídicas, somente a invocação do direito de não nascer. Mas isso provoca um pensamento, o de novos modos de vida, o de gestos que deixem a vida passar. Trata-se de uma interpelação.

São válidas as tentativas de criação de espaços de perturbação por meio de perguntas que coloquem em causa os valores que se pretende defender, que problematizem os discursos e as normas de governo.

O caráter instrumental de ficções como vontade livre aparece no caso Perruche, em que Nicolas pode ser visto como sujeito biopolítico que reivindica toda a loucura do direito subjetivo ao pedir reparação pelo dano de ter nascido. De outro lado, ignorar sua questão seria ignorar sua presença diante da lei, seu silêncio diante da lei, sua deficiência diante da lei, uma lei insensível aos corpos não eficazes.

Mas se Nicolas sobreviveu à “tanatopolítica”²⁵², há toda uma potência que treme junto com seu grito surdo. Esse é seu testemunho: sua presença. Seria preciso permitir que Nicolas apresentasse um relato sobre sua experiência, um relato da ordem do testemunho, um testemunho da ordem da presença, e uma presença da ordem da potência.

Morte e vida de Nicolas Perruche: experiência de uma vítima que sobrevive, dia-a-dia, ao homem e ao inumano.

Com vocês, a palavra de todos os inocentes, na voz de Nicolas: um silêncio...

²⁵² AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed, 1998.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer I: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- _____. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. **Lo que queda de Awschwitz**. Valencia: Pre-Textos, 2005.
- ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Patrimônio Genético Humano**. São Paulo: Método, 2004.
- ARDENNE, Paul. *L'image corps*. Paris: Éditions du Regard, 2001, p. 419.
- ARENDT, Hanna. **A condição humana**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 91, v. 797, p. 11-26, mar. 2002.
- AZEVEDO, Eliane. **Decisions in Circumstances of Poverty**. In: Eubios Journal of Asian and Internacional Bioethics, vol. 12, may 2002.

- BARBOZA, Heloísa Helena. **Direito ao corpo e doação de gametas**. In: RIOS, André Rangel et. al. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madri: Trotta, 1996.
- BEIGUELMAN, Bernardo. **Genética e ética**. In: *Ciência e Cultura* nº 42. Rio de Janeiro: SBPC, janeiro de 1990.
- BELLIVIER, Florence. **Le génome entre nature des choses e artefact**. In: *Enquête*, n. 7, 1998.
- BENJAMIN, W. – Obras Escolhidas. Vol. 1. **Magia e Técnica, Arte e Política**. S. Paulo: Brasiliense, 1987.
- _____. *Crítica da violência, crítica do poder*. Documentos de Cultura, documentos de barbárie. Org. e Trad. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1986
- BERLINGUER, Giovanni. **Bioética cotidiana**. Trad. Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: UnB, 2004.
- _____; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- BOBBIO, N. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. 3. ed. Trad.: Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo : Companhia das letras. 1992.
- BUGLIONE, Samantha; DINIZ, Débora (Orgs.). **Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?** Brasília: Letras Livres, 2002.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da personalidade**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CASABONA, Carlos Maria (Org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **La eugenesia hoy**. Bilbao-Granada: Fundacion BBV, Comares Granada, 1999.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CORTIANO JR., Eroulths. **Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. Dissertação de Mestrado em Direito – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1993.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. **Dever de indenizar**. In: O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). Porto Alegre : Livraria do advogado, 1997.

DANTAS, Santiago. **Programa de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DEL VECCHIO, Jorge. **Persona, estado y derecho**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

DIAFÉRIA, Adriana. **Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesses difusos**. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste. Limite: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, dez. 2000.

DIVISION OF THE ETHICS OF SCIENCE AND TECHNOLOGY OF UNESCO. **Birth of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights**. UNESCO: 1999.

DUARTE, André Macedo. **Heidegger e a Modernidade: notas sobre a crise do presente**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Crítica da Modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis : Fundação Boiteux. 2005.

DWORKIN, Ronald. **Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom**. New York : A. A. Knopf, 1993.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

_____. **Critique de l'humanisme juridique**. In: L'Homme, la Nature et le Droit. Paris: Christian Bourgois Ed, 1988.

_____. **La personne em danger**. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

_____. **L'arrêt 'Perruche': une liberté pour la mort?** In : Recueil Dalloz, 2002

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

FONSECA, R. M. **Modernidade e Contrato de Trabalho – Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **As palavras e as coisas - uma arqueologia das ciências humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Dits e écrits I, 1954-1975**. Paris : Gallimard, 1999.

_____. **Dits e écrits II, 1976-1988**. Paris : Gallimard, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro : Edições Graal, 2005.

_____. **A história da loucura**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. **Naissance de la biopolitique: Cours au collège de France (1978-1979)** Paris : Hautes Étude/Gallimard Seuil, 2003.

_____. **Sécurité, territoire, population: Cours au Collège de France (1977-1978)**. Paris : Hautes Étude/Gallimard Seuil, 2003.

GALTON, F. **Herencia y Eugenesia**. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

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

GEDIEL, José Antônio Peres. **Autonomia do sujeito e biopoder**. In: Diálogos sobre Direito Civil. Carmem Lúcia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloisa Helena Barboza; José Antônio Peres Gediel; Luiz Edson Fachin; Maria Celina Bodin de Moraes (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Le dictionnaire du corps: em science humaines et sociaux** (suos la direction de Bernard Andrieu). Paris : CNRS Editions. 2006.

_____. **Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano**. In: FACHIN, Luiz Edson [org.]. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GOSSERIES, Axel. **Faut-il couper lês ailes à l'arrêt 'Perruche'?** In: Revue Iinterdisciplinaire d'études juridiques, nº 48, 2002.

GROSSI, Miriam; PORTO, Rozeli; TAMANINI, Marlene (Orgs.). **Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: questões e desafios**. Brasília: Letras Livres, 2003.

HARAWAY, Donna. Manifesto ciborge: ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século

XX. In: SILVA, Tomas Tadeu da. **Antropologia do ciborgue: as vertigens do pós-humano**. Belo Horizonte : Autêntica, 2000.

HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes, 2001

HERMITTE, Marie-Angèle. **Le corps hors du commerce, hors du marché**. In: Archives de philosophie du droit: La philosophie du droit aujourd'hui, tome 33, 1988.

HESPANHA, António M. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Martins Fontes, 1960.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Lamago. Rev. Ana de Freitas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

L'arrêt Perruche ou les problèmes posés par la biologie au droit. In: Journal Français de Psychiatrie, nº 17, Paris: Érès, 1 trimestre de 2003.

Le Code Civil: édition mise à jour au 1^{er} janvier 1997. Paris: Flammarion, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- LORENZETTI, R. L. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- LIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O estado de direito e os direitos da personalidade**. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.
- MARTINS, Hermínio. O deus dos artefatos: sua vida, sua morte. In: ARAÚJO, Hermetes Reis de (org.). **Tecnociência e cultura: ensaios sobre o tempo do presente**. São Paulo : Estação Liberdade, 1998.
- _____. **Tecnologia, Modernidade e política**. In: Revista Lua Nova: revista de cultura e política: as transições e a Modernidade, n. 40/41, 1997.
- _____. **Risco, incerteza e escatologia: reflexões sobre o experimentum mundi tecnológico em curso (I)**. Episteme, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 99-121, dez. 1997/jan. 1998. Separata.
- MARTINS, António Carvalho. **Bioética e diagnóstico pré-natal: aspectos jurídicos**. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002.
- MARTHINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2002.
- MEIRELLES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito Civil: para a crítica histórica do “paradigma civilístico”**. Coimbra: Almedina, 1990.
- MELLO, Cláudio Ari. **Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade**. In: O novo código civil e a constituição. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MELO, Helena; NUNES, Cristina; NUNES, Rui. **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002.
- MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2 ed, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra : Centelha, 1978

MOTA PINTO, Carlos A. da. **Teoria geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 2005.

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

O'BRYAN, C. J. **Carnal art: Orlan's refacing**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina**. Coimbra: Coimbra, 1999

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

PALERMINI, Patricia. **Misère de la bioéthique**. Bruxelas: Labor, 2002.

PEREIRA, Lygia da Veiga. **Seqüenciaram o genoma: e agora?** São Paulo: Moderna, 2001.

PELBART, Peter Pál. **Vida Capital: ensaios de biopolítica**. São Paulo: Iluminuras, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino: Università degli Studi di Camerino, 1972.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial: as funções do direito de patentes**. Porto Alegre : Síntese. 1999.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t.XXIII. Rio de Janeiro : Borsoi, 1958.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

- RENAUT, Alain. **O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Tradução de Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 1998.
- RIGAUX, François. **La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité**. Bruxelas: Bruyant, 1990.
- _____. **La vie privée: une liberté parmi les autres?** Bruxelas: Maison Larcier, 1992.
- RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995.
- ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano : Giuffrè, 2001.
- ROSE, Michael. **O Espectro de Darwin**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- ROUSSEAU, J-J. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Trad.: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores)
- SANTOS, Anderson Marcos dos. **Patenteamento de elementos genéticos: transformações conceituais e reificação da vida**. Dissertação (Mestrado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- SANTOS, Laymert Garcia dos. Invenção, Descoberta e Dignidade Humana. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste. **Limites: A Ética e o Debate Jurídico Sobre o Acesso e Uso do Genoma Humano**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.
- _____. **Politizar as novas tecnologias**. São Paulo: 34, 2003.
- SANTOS, Laymert Garcia dos. **Tempo de Ensaio**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SAVIGNY, M. F. C. de. **Derecho Romano Actual**. Madrid: Centro Editorial de Góngora.

- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.
- _____. **O silêncio como manifestação da vontade**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961.
- SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo**. São Paulo: Editora Estação Liberdade, 2000.
- SOUZA FILHO, C. F. M. Arcabouço Jurídico e as Pesquisas de Manipulação da Genética Humana. In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste. **Recursos Genéticos Humanos: Limites ao Acesso – Debate Interdisciplinar Sobre a Regulamentação do Acesso e do Uso do Genoma Humano no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.
- TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TERRA, Ricardo. **Kant e o Direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne: cours d’Histoire de la Philosophie du Droit**. Nouvelle ed. Corr. Paris : Montchretien, 1975.
- VILLEY, Michel. **Philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 1975.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.