

OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E A INVENÇÃO MODERNA DO CORPO

*Autor: José Antônio Peres Gediel
Editora: Moinho do Verbo. Curitiba, 2000*

Gabriel Gualano de Godoy^()*

O jurista *José Antônio Peres Gediel*⁽¹⁾, no livro “Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo”⁽²⁾, demonstra, a partir de um estudo sobre a Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, e sobre o Decreto n. 2.268, de 30 de junho de 1997, quais são os principais dilemas referentes à fundamentação e ao regime jurídico das disposições corporais, com fins terapêuticos.

Ao tratar da difusão da técnica de transplantes de órgãos na sociedade brasileira, o autor permite um diálogo entre diversos campos do conhecimento e renova o debate jurídico, médico e ético sobre o corpo.

O livro é dividido em duas partes: a primeira é dedicada ao corpo humano e às teorias jurídicas que sobre ele recaem; a segunda examina questões afloradas a partir dos textos legais.

O presente texto quer recuperar a reflexão de *José Antônio Peres Gediel* sobre o corpo, tão presente no livro “Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo”, e constantemente retomada em outros escritos e palestras⁽³⁾.

(*) Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná, bolsista da CAPES-MEC e pesquisador do núcleo Direitos Humanos, Biotecnologia e Sociedade. *E-mail*: <gabrielgualano@yahoo.com.br>.

(1) *José Antônio Peres Gediel* é bacharel em Direito, formado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito Privado e Doutor em Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, foi pesquisador junto ao Programa de Pós-Doutorado do “Centre de Recherche en Droit Publique” da Universidade de Montreal, Canadá, é professor adjunto da UFPR, onde leciona Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação, é coordenador do grupo de pesquisa Direitos Humanos, Biotecnologia e Sociedade, é membro do Conselho Nacional de Educação em Direitos Humanos, é Procurador do Estado do Paraná.

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

(3) Cite-se, para exemplificar: palestra proferida no dia 18 de agosto de 2004, no Setor de Ciências da Saúde da Universidade Federal do Paraná, intitulada “O consentimento informado, os pactos invisíveis e as relações médico-paciente”, escritos ainda no prelo, caso do capítulo *Corps et droit*, a ser publicado no *DICTIONNAIRE DU CORPS*, além dos seguintes artigos:

O corpo, em sentido substantivo, pode ser compreendido como expressão material do humano. Modernamente, três são as tendências que conformam sua regulação jurídica: 1) abandonar o corpo à vontade individual, limitando-se as restrições jurídicas heterônomas a essa vontade; 2) buscar pontos de equilíbrio extraídos de um consenso que não elimine a autonomia individual, nem as limitações de ordem social; 3) reparar a unidade perdida entre sujeito e corpo e ressacralizar o invólucro corporal com a retomada de fundamentos metafísicos no interior do Direito moderno.

Para *José Antônio Peres Gediel*, nenhuma dessas tentativas responde à questão da progressiva perda da força normativa do Direito e do crescente vigor dos fatos que, por experimentação, ressignificam o corpo humano no plano social, ultrapassando as representações jurídicas modernas de ser humano, pessoa, sujeito de direito e humanidade, que orientam todas essas vertentes.

O sujeito de direito é a figura que opera o trânsito jurídico entre outros sujeitos de direito, na ordem civil, em relação às coisas externas. Coisas externas seria a designação material da noção de objeto na relação jurídica. Os objetos são como externalidades da própria esfera subjetiva.

Porém, existem bens ligados ao próprio sujeito, que dizem respeito às suas características e sobre os quais recaem direitos ou interesses diferenciados daqueles atribuídos ao sujeito sobre coisas. São os chamados direitos da personalidade. Contudo, permaneceu a necessidade de se designar esses direitos como direitos subjetivos da personalidade, para torná-los operáveis no sistema jurídico vigente.

O Código Civil Brasileiro de 2002 trata dos direitos da personalidade em seu Capítulo II, denominado "Dos direitos da personalidade". O uso do plural parece apontar a existência de vários direitos subjetivos da personalidade, sobre os quais recaem tutelas jurídicas, o que corresponde, em parte, ao posicionamento da corrente teórica que preconiza a existência dos direitos da personalidade 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,

GEDIEL, J. A. P. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 57-85.

GEDIEL, J. A. P. Declaração Universal do Genoma Humano e direitos humanos: revisitação crítica dos instrumentos jurídicos. *In*: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste (Orgs.). *Limite: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000, p. 159-166.

GEDIEL, J. A. P. Autonomia do sujeito e biopoder. *In*: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 327-346.

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*⁽⁴⁾), mas sua força normativa depende de sua positivação como direito subjetivo, vinculados à titularidade de um sujeito de direito. Por isso, embora a idéia de pessoa e de direitos inerentes à pessoa seja temporalmente anterior à noção de direitos da personalidade como direito subjetivo (século XVI), esta última idéia se apresenta mais adequada ao movimento de positivação e codificação dos direitos no século XVIII.

Também por essa razão, os direitos da personalidade começam a ser identificados no Direito Civil moderno com base na jurisprudência, no campo da responsabilidade civil, 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 da República Federativa do Brasil, de 1988. Na cláusula da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), pode-se afirmar que há condições de se identificar o direito geral de personalidade, enquanto no art. 5º são arrolados alguns direitos da personalidade, explicitados um a um, como direitos fundamentais.

De acordo com a linha de pensamento personalista do século XX, os direitos da personalidade tratam de tutelar a um só tempo 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. Entretanto, 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 bioético. Assim sendo, a bioética, ainda que isso não

(4) "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*, cit., p. 29).

seja intencional, incrementa a autonomia do sujeito e legitima o alargamento do campo da disponibilidade dos bens da personalidade.

Conclui-se, então, que o sentido e as possibilidades dos discursos éticos e jurídicos só podem ser pensados na sua vinculação com a sociedade de mercado. Nesse prisma, é preciso estar atento para o fato de que o princípio da dignidade humana, desprovido da necessária concreção para solucionar conflitos de dimensão existencial, que lhe garanta um mínimo de efetividade social, corre o risco de permanecer no campo retórico, enquanto predominam os critérios econômicos na pesquisa e aplicação da biotecnologia e da biomedicina. Dessa maneira, igualmente relevante é o problema da impossibilidade de acesso a todos aos benefícios prometidos pela tecnociência, sobretudo na área da terapia e modificação genéticas, que, em seu limite, envolvem as discussões sobre eugenia e discriminação genética.

Nesse sentido, e por isso mesmo, *José Antônio Peres Gediél* afirma que as recentes reflexões jurídicas sobre a possibilidade de o sujeito ser um corpo e não ter um corpo ainda não foram capazes de superar as concepções filosófica, científica e jurídica modernas, que expulsaram o corpo do sujeito de direito, após terem-no reduzido à condição de objeto da razão e de experimentação. Conclui-se, por conseguinte, que a força normativa do Direito se expressa, atualmente, e com maior vigor, para despolitizar as novas tecnologias que utilizam o humano como objeto.

REFERÊNCIAS

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

_____. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. *In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 57-85.

_____. *Declaração Universal do Genoma Humano e direitos humanos: revisitação crítica dos instrumentos jurídicos*. *In: CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste (Orgs.). Limite: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000, p. 159-166.

_____. Autonomia do sujeito e biopoder. *In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Orgs.). Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 327-346.