



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

A INTERVENÇÃO PATERNALISTA NA AUTONOMIA CORPORAL

por

RODRIGO LIMA E SILVA DE FREITAS

ORIENTADOR(A): CAITLIN SAMPAIO MULHOLLAND

2015.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A INTERVENÇÃO PATERNALISTA NA AUTONOMIA CORPORAL

por

RODRIGO LIMA E SILVA DE FREITAS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Caitlin Sampaio
Mulholland

2015.2

Agradecimentos

Ao meu avô, João (*in memoriam*), pelo exemplo de pessoa que foi, é, e sempre será para mim.

Aos meus pais, Antonio e Yvone, por tudo.

À minha irmã, Rafaela, à minha tia, Marize, que se não é mãe, é “tita”, aos meus primos e à minha mais nova “irmã”, Rachel.

À Diana e Vynicius, pessoas de quem sou fã. Muito obrigado pela segurança de um futuro de muitas conquistas (pessoais e profissionais) pela frente.

À galera do “Old”, que conquistou o meu carinho e admiração.

Aos meus amigos e amigas da PUC (para a vida).

A todos os companheiros do escritório Gustavo Tepedino Advogados, pelo aprendizado ímpar que puderam me proporcionar no período em que lá estive.

À Atlética de Direito PUC-Rio, por todas as alegrias esportivas nestes últimos cinco anos.

À minha querida orientadora, Caitlin Sampaio Mulholland, com quem, ainda no primeiro período, dei os meus primeiros passos no universo do Direito Civil e quem, agora, após uma brilhante orientação, me auxilia a fechar o ciclo da graduação.

Às professoras Aline Valverde e Thamis Dalsenter, por todo o suporte dado nas minhas participações em PIBIC's e monitorias. Muito obrigado pelos conselhos, pela sensibilidade, pela atenção e, sobretudo, por todo o conhecimento transmitido.

*If you can keep your head when all about you
Are losing theirs and blaming it on you,
If you can trust yourself when all men doubt you,
But make allowance for their doubting too;
If you can wait and not be tired by waiting,
Or being lied about, don't deal in lies,
Or being hated, don't give way to hating,
And yet don't look too good, nor talk too wise
(...)*

*If you can talk with crowds and keep your virtue,
Or walk with Kings—nor lose the common touch,
If neither foes nor loving friends can hurt you,
If all men count with you, but none too much;
If you can fill the unforgiving minute
With sixty seconds' worth of distance run,
Yours is the Earth and everything that's in it,
And—which is more—you'll be a Man, my son!*

Rudyard Kipling

RESUMO

A partir do processo de constitucionalização do Direito Civil, os tradicionais espaços de liberdade do indivíduo, fundamentados no dogma da autonomia da vontade, sofreram profunda releitura. Lida à luz da Constituição, a autonomia privada deixa de ser um fim em si mesmo, para revelar-se como um instrumento promocional da dignidade da pessoa humana, alçada ao ápice do sistema jurídico pelo constituinte de 88. Sob esse prisma, abandona-se a concepção unitária de autonomia, baseada na lógica individualista e patrimonialista do liberalismo clássico, para uma concepção ampla, de onde se extrai não só a autonomia contratual, como também a liberdade sobre o próprio corpo (autonomia corporal), espécie de autonomia existencial, disciplinada nos art. 13, 14 e 15 do Código Civil. De outra banda, se a vontade deixa de ser um fim em si mesmo, sua limitação mostra-se cabível sempre que a quota de liberdade dos particulares caminhar na contramão dos imperativos existenciais de dignidade humana. Diante da necessidade de se avaliar a legitimidade dos atos de disposição do próprio corpo a partir da ótica da dignidade, vê-se que eles só serão dignos de tutela quando importarem na promoção da personalidade do sujeito de direito. Desse modo, será que a intervenção sobre a autonomia corporal, fundamentada num discurso paternalista, em prol da maximização do bem estar social e da defesa da pessoa contra si mesma, seria adequada? Quais os parâmetros legítimos de limitação da esfera existencial da pessoa humana? Assim, em síntese, o presente trabalho se debruçará na análise dessa problemática, a envolver o embate entre a intervenção paternalista e a autonomia corporal.

PALAVRAS-CHAVE

Palavras chave: Autonomia Corporal; Autonomia Privada; Autonomia Existencial; Paternalismo Jurídico; Dignidade Humana; Direitos da Personalidade; Direito Civil-Constitucional; Ponderação de Interesses.

SUMÁRIO

Introdução	6
CAPÍTULO 1 - Da base teórica: pela oxigenação de um sistema em constante renovação	8
1.1. Direito e sociedade: teoria e realidade?	8
1.2. Breves considerações sobre a escola de Direito Civil-Constitucional	10
1.3. Subsunção, ponderação de interesses e fundamentação das decisões judiciais	14
1.3.1. A técnica da subsunção	14
1.3.2. A ponderação de interesses e os limites à discricionariedade judicial ..	16
1.4. A dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela do sujeito de direito	23
CAPÍTULO 2 - Do “ter” ao “ser”: da autonomia contratual à autonomia corporal	29
2.1. A autonomia contratual e o legado oitocentista	29
2.2. Autonomia privada: estrutura e função	30
2.3. A autonomia corporal como expressão da autonomia existencial	35
2.4. O paternalismo jurídico	43
2.4.1. Conceitos e espécies	43
2.4.2. Argumentos pró e contra o paternalismo: entre a dignidade como autonomia e a dignidade como heteronomia	46
CAPÍTULO 3 – A análise dos artigos 13, 14 e 15 do Código Civil à luz da legalidade constitucional	51
3.1. O art. 14 e o princípio da não mercantilização da pessoa	51
3.1.1. O aparente conflito entre o Código Civil e a lei 9434/97	53
3.2. Os parâmetros do art. 13 do código civil.....	55
3.2.1. Diminuição permanente da integridade física, exigência médica e bons costumes	55
3.2.2. A historicidade dos bons costumes: da moral social à moral constitucional.....	56
3.3. O art. 15 do Código Civil e o consentimento informado	60
CAPÍTULO 4 - Análise de casos concretos	62
4.1. Os atos acráticos	62
4.2. A questão dos transexuais	64
4.3. Os Barebackers	70
4.4. A lei capixaba nº 7.737/2004 e o “incentivo” à doação de sangue: subversão de valores?	72
4.5. O caso Lagartixxa: o espetáculo da autonomia corporal.....	75
4.6. A prática do arremesso de anão e o “Peep Show”	76
4.7. A questão dos Wannabes: limites internos à autonomia corporal?	78
Conclusões	81
Bibliografia	87

Introdução

A partir de um contexto de renovada inspiração humanista, o cenário jurídico atual encontra-se diante de um dos maiores dilemas contemporâneos: como fixar parâmetros para verificar a legitimidade ou não das intervenções jurídicas na esfera privada existencial?

A fim de buscar critérios para a solução desta problemática, o presente trabalho tem como ponto principal a análise do embate entre o paternalismo jurídico e a autonomia corporal. De um lado, afigura-se a autonomia como expressão do direito de liberdade na esfera privada. De outro, tem-se a intervenção paternalista, cujo objetivo é o de frear as práticas abusivas dos atos de autonomia, com base em um discurso de cunho protetivo, solidário e de fundo também constitucional. Muitas vezes, porém, tal intervenção, vem a se mostrar inadequada, despindo-se de qualquer suporte constitucional, de forma a se voltar para uma desarrazoada limitação jurídica de posições subjetivas do direito de liberdade¹.

A partir desse quadro, a estruturação da monografia foi dividida em quatro capítulos. No capítulo 1, apresentam-se as bases teóricas sobre as quais o trabalho se sustenta. À luz da perspectiva civil-constitucional, são tecidas breves considerações acerca do conceito de sistema jurídico e de historicidade e relatividade dos institutos, em razão do reconhecimento de um inevitável entrelace entre realidade social e direito. Após, desenvolve-se o tema concernente à hermenêutica jurídica, que evidencia o ocaso da técnica da subsunção, a ascensão da ponderação de interesses e a importância da fundamentação das decisões judiciais. Por fim, dedica-se ao estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, valor central do ordenamento jurídico pátrio.

¹ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *O Paternalismo Jurídico – “Que Fazer”?* No prelo, gentilmente cedido pela autora. p. 11.

O capítulo 2 se inicia com uma breve digressão no âmbito do “ter”, etapa em que se examina a concepção histórica de autonomia privada, segundo o projeto desenvolvido pela produção jurídica liberal oitocentista. Demonstrada a insuficiência do termo perante um contexto de prevalência do “ser”, que personaliza o sistema jurídico, segundo os imperativos da legalidade constitucional, procurou-se trabalhar com o conceito de autonomia privada enquanto meio instrumental de promoção da personalidade, além de se analisar os pormenores da autonomia corporal, espécie do gênero “autonomia existencial”. O final do capítulo é dedicado ao estudo do paternalismo jurídico, de suas espécies e dos argumentos a favor e contra, a partir das noções de dignidade como autonomia e dignidade como heteronomia.

No capítulo 3, são desenvolvidos parâmetros que delineiam os atos de disposição corporal. A partir da leitura dos art. 13, 14 e 15 do Código Civil à luz da Constituição e de posicionamentos sedimentados em âmbito doutrinário, analisou-se o “princípio da não mercantilização da pessoa”, a problemática da disposição corporal *post mortem*, os termos “diminuição permanente da integridade física”, “exigência médica”, “bons costumes”, “risco de vida” e, por fim, o “princípio do consentimento informado”.

Por último, o capítulo 4 é dedicado ao estudo de casos práticos que congregam situações nas quais o embate entre autonomia corporal e paternalismo jurídico se mostra presente. Foram examinadas oito situações concretas, quais sejam: (i) os atos acráticos; (ii) a questão dos transexuais; (iii) as festas barebacking; (iv) a lei capixaba nº 7.737/2004 e o “incentivo” à doação de sangue; (v) o caso lagartixxa; (vi) a prática do arremesso de anão; (vii) o “Peep show”; e (viii) a questão dos wannabes.

CAPÍTULO 1 - Da base teórica: pela oxigenação de um sistema em constante renovação

1.1. Direito e sociedade: teoria e realidade?

Para que seja possível destrinchar os pormenores dos conceitos de paternalismo e autonomia privada, faz-se necessário preparar o terreno com algumas considerações de cunho teórico-abstrato, no bojo das quais se revelará o marco teórico escolhido. Conforme ao final será visto, esta introdução será de suma importância para enquadrar ambas as concepções dentro de um conteúdo normativo hígido, apto a revelar todas as suas potencialidades contributivas, frente aos anseios do sistema jurídico-social em que se encontram inseridas.

De início, trivial consignar que o Direito é uma ciência eminentemente humana, aliada a instrumentos que tenham por fins práticas concretas. Neste campo, de nada adianta a construção de um sistema distante da realidade, o qual, ainda no plano abstrato, tenha por almejo a completude e neutralidade, no vão afã de reduzir a complexidade do sujeito de direito a um artificialismo conceitual incoerente com a realidade. Os instrumentos jurídicos, de maneira alguma, podem se predispor a esvair tais quais os coeficientes diante do produto de um cálculo aritmético. Dentro deste objeto de estudo, os coeficientes estão em constante renovação, justamente porque o(s) produto(s) da práxis está(ão) sempre em evolução. Está-se aqui a estudar uma ciência complexa, desafiadora, porquanto eficaz se e somente se estiver debruçada em esquemas estruturais dotados de relatividade.

Em razão disso, pode-se afirmar que o formalismo jurídico, assim denominado por Pietro Perlingieri², está fadado ao fracasso. O estudo

² PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 6 e 7, 1998/1999, pp. 64-65.

puramente formal do direito, que priva pela forma em detrimento do conteúdo, traz a pretensão de apreender e sistematizar o saber jurídico à luz de uma lógica estritamente formal, com uma configuração, via de regra, estática e enclausurada aos seus próprios pressupostos. Acaba por neutralizar o ordenamento, fechando-o à objetivação da palavra, como se a norma extraída da letra da lei pudesse ser resultado de única e certa interpretação. Faz da linguagem uma entidade destacada da realidade social e, por conseguinte, distancia os institutos jurídicos da prática, de forma a fossilizá-los dentro da categoria dos dogmas, isto é, dentro de categorias ubíquas, subservientes à onipresença em todas as realidades de tempo e espaço³.

De outra banda, alerta Perlingieri⁴ que a reação aos defeitos do formalismo não pode descambar para o excesso oposto, de maneira a sucumbir a força jurídica ordenadora diante da realidade prática. De acordo com essa noção teórica o *dever ser* deixa de ser uma categoria inerente ao saber jurídico para perecer diante do *ser*. A ciência do Direito passa a se confundir com o caso concreto; o direito positivo, em si mesmo, deixa de existir. Nesta sede, a norma social é considerada a expressão perfeita da autorregulamentação da sociedade, tida como a vanguarda salvadora do terror do formalismo. Porém, tal premissa ignora que as garantias formais são conquistas fundamentais da democracia e da legalidade, de modo que sua total ruptura implica o fim de um regramento justo, uno e coerente. O social, de *per si*, será sempre parcial com relação às balanças das realidades do mais forte.

Fala-se em “realidades”, pois elas existem num sem número de acepções. Dentro de uma sociedade, convivem a realidade econômica,

³ O formalismo jurídico é característica central da chamada “jurisprudência dos conceitos” ou “Pandectística”, cuja origem remonta à Alemanha do século XIX, “em que a falta de unidade política inviabilizava a construção de uma legislação codificada, nos moldes do Code des franceses, o que conduziu a doutrina a centrar seus esforços sobre o tratamento formal dos conceitos clássicos e a descrição neutra dos princípios. (KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*. Paraná, v. 60, n.1, jan./abr.2015. p. 196).

⁴ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit, pp. 64-65.

política, religiosa e etc. Se não houver quem as regre, a justaposição das realidades será mera utopia, de modo a revelar-se tão cruel quanto à ode ao formalismo. Como sabido, num mundo sem regras predefinidas, a lei do mais forte será aquela da realidade que melhor lhe aprouver. Cria-se, em antítese, um verdadeiro “dogmatismo sociológico”. Inadmissível, verdadeira negação da força transformadora do Direito.

1.2. Breves considerações sobre a escola de Direito Civil-Constitucional

Apresentados esses dois cenários, necessário ponderar no seguinte sentido: os excessos, sejam para um lado, sejam para o outro, são insuficientes porque ignoram a realidade inexorável entre direito e sociedade⁵. São dois elementos que estão em constante dialética, mas que se mostram componentes de uma realidade unitária. Por tal razão, a ciência jurídica deve sim se encadear aos almejos sociais⁶, de maneira a convalidar, por meio do repensar em convicções aparentemente estáticas, a dinâmica necessária à sua renovação, sem que, ao mesmo tempo, seja comprometida sua força normativa.

A escola de Direito Civil-Constitucional⁷, marco teórico do presente trabalho, parece se sustentar nessas premissas. Na esteira da doutrina de Claus

⁵ "(...) o direito existe sempre 'em sociedade' (situado, localizado) e (...) as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais" (HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13).

⁶ “Ciência e praxe, norma e fato, longe de se confundirem, operam em planos distintos, mas convergentes, em uma contínua, indeclinável dialética que é vital para evidenciar – não a sua contraposição, mas – a sua complementariedade. O conhecimento jurídico não tende a descobrir a verdade e a solução absoluta, além do mais não verificável, mas aquela mais idônea às escolhas predeterminadas, expressas em regras convencionais que, no seu fluxo histórico, constituem o filtro da experiência geral em contínua verificação, em contato com os singulares fatos concretos”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 82).

⁷ Sobre os pressupostos delineadores da escola v. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. pp. 3-20;

Wilhelm Canaris⁸, concebe-se o ordenamento jurídico como sistema, informado pela ordem teleológica e axiológica de valores, positivados por princípios jurídicos.

Por tal razão, diz-se que o ordenamento é aberto⁹. Naturalmente, tais valores estão inseridos dentro de textos extremamente vagos, tendo um conteúdo propositalmente indefinido, o que lhes possibilita exercer a função de *standards* de conduta, plenamente modeláveis à dinâmica fugaz da realidade social¹⁰. E daí decorre a noção de historicidade e relatividade dos institutos¹¹, a qual congrega a premissa de que os instrumentos jurídicos, embora permaneçam nominalmente idênticos, desempenham funções que se alteram com o transcorrer das experiências históricas.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós – 1988 e do constitucionalismo de hoje. In: *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281 e SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 5-24.

⁸ V. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

⁹ A propósito, Pietro Perlingieri resume o ora exposto: “O ordenamento não constitui um sistema imóvel, fechado entre os confines de sua completeza formal e linguística, mas um sistema aberto e sensível à mudança dos fatos e da história, resultado de uma contínua, incessante obra do conhecimento científico amparado por uma investigação empírica que não se limita a operar com símbolos, mas com fatos, isto é, com conteúdos verificáveis. Ciência e praxe, norma e fato, longe de se confundirem, operam em planos distintos mas convergentes, em uma contínua, indeclinável dialética que é vital para evidenciar – não a sua contraposição, mas – a sua complementariedade. O conhecimento jurídico não tende a descobrir a verdade e a solução absoluta, além do mais não verificável, mas aquela mais idônea às escolhas predeterminadas, expressas em regras convencionais que, no seu fluxo histórico, constituem o filtro da experiência geral em contínua verificação, em contato com os singulares fatos concretos. (PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit., p. 82). Idem, CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. Cit., p. 281).

¹⁰ Segundo Pietro Perlingieri, da influência recíproca entre direito a práxis derivam os seguintes consectários: “a) historicidade da *societas* e historicidade do *ius* são um todo único; b) o *ius* coincide com a *societas* sem exaurir-se na pura normatividade; c) o *ius*, que justamente pode se definir totalidade da experiência jurídica, é, como qualquer totalidade, necessariamente complexidade; d) a complexidade do *ius* exige que a sua análise não perca a sua necessária unidade; e) tal unidade conceitual é síntese individual somente na efetividade da sua aplicação. (*O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 194)

¹¹ “Uma visão moderna, que queira analisar a realidade sem enclausurá-la em esquemas jurídico-formais, requer uma funcionalização dos institutos do direito civil que responda às escolhas de fundo operadas pelos Estados contemporâneos e, em particular, pelas suas Constituições. Dever do jurista e, especialmente do civilista, é 'reler' todo o sistema do código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais e comunitários, de forma a individualizar uma nova ordem científica que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea. É necessário desancorar-se dos antigos dogmas, verificando sua relatividade e sua historicidade”. (PERLINGIERI, Pietro. Op. cit. p. 137-138).

A Constituição da república, por sua vez, é o documento que reúne a positivação dos valores fundantes do ordenamento. Portanto, situa-se no ápice da ordem jurídica, de modo a conferir unidade interpretativa à complexidade de fontes normativas presentes no sistema¹², sem prejuízo da sua aplicação direta ao caso concreto, na omissão ou não de uma norma objetiva de regência¹³. Ela, desse modo, se mostra apta a oxigenar a normativa infraconstitucional com os ares de sua tábua axiológica, de forma a destampar os dutos de comunicação entre sistema e *práxis*, outrora obstruídos pela ode ao dogmatismo (formal ou social).

Nesta perspectiva, as normas contidas na Constituição – voltadas, sobretudo, para uma perspectiva humanista – passam a se sobrepor às rígidas disposições do Direito Civil, enraizadas historicamente no individualismo e na regulação de direitos patrimoniais. E, com base nessa linha, adequado afirmar que os até então dogmas civilistas, consubstanciados no tripé propriedade, família e contrato¹⁴, atualmente só serão dignos de tutela se o seu escopo for o de promover os valores referenciais da Constituição, razão pela qual deve ser

¹² A esse respeito, confira-se: “O que o direito civil-constitucional propõe é justamente o oposto dessa fragmentação em microssistemas: a (re)unificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo a que cada lei especial seja interpretada e aplicada em conformidade não com uma sua “lógica própria”, mas em conformidade com o projeto de sociedade traçado pelo constituinte. Não se trata tão somente de reconhecer a Constituição como centro formal do qual irradiam leis especiais (...) mas de atribuir aos valores constitucionais uma primazia substancial na interpretação e aplicação das leis especiais, que não devem ser tomadas como sistemas autônomos”. (SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 14).

¹³ “Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fatispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11).

¹⁴ “Os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 12-13). V. também em CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

superada a clássica dicotomia entre o Direito Público e Direito Privado, nos termos tradicionalmente postos¹⁵.

Desta unidade aberta cria-se o arquétipo necessário para enfrentar a dialética aqui apresentada. Torna-se possível encarar a relatividade da realidade sem esquecer a normatividade da regra jurídica. Constrói-se, a um só tempo, um sistema estável e coerente na forma, mas animado pela interação constante com novas realidades. Nas palavras de Luiz Edson Fachin, tem-se uma verdadeira “teoria do desassossego”, e não das certezas prontas e acabadas. Trata-se de uma construção que busca “haurir o legado do pretérito, reconstruindo-o para o porvir”¹⁶.

Contudo, apesar de já laçado o primeiro ponto referencial, faz-se necessário, ainda, entender quais os papéis que a hermenêutica deve exercer para que o sistema atinja tal objetivo. Ver-se-á, a seguir, que a clássica técnica da subsunção é ineficiente se confrontada com os pressupostos até então apresentados.

1.3. Subsunção, ponderação de interesses e fundamentação das decisões judiciais

1.3.1. A técnica da subsunção

Como salientado, já se encontra amplamente aceita na doutrina civil-constitucional a ideia da aplicação direta dos valores Constitucionais às

¹⁵ Segundo lições de Pietro Perlingieri: “A carta Constitucional representa o momento da realidade interna do ordenamento Jurídico. Significa que não é mais possível distinguir o Direito Constitucional do Direito Civil, que não é mais possível se falar em Direito Público e em Direito Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmos valores e os mesmos princípios fundamentais para todo o sistema”. (PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais ... p. 66). Sobre o tema, v. tb., GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. In: *Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Revista dos tribunais, v.747, p. 35-55, jan.1998; SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. In: *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 239-257, abr./jun. 2005.

¹⁶ Prefácio à obra de: FACHIN, Luiz Edson. Op. Cit., p. viii.

relações privadas. E, como dito, estes são expressos por princípios, que lhe atribuem positividade - tratando-se, pois, de verdadeiras normas que impõem a realização de um valor¹⁷. Voltados para o necessário elastério do sistema, são dotados de alto grau de abstração e não preveem situações determinadas ou efeitos jurídicos específicos. Esposam apenas “estados ideais” sem especificar a conduta a ser seguida¹⁸, tendo por objetivo orientar a compreensão de dado ordenamento.

Em razão disso, se diferem das regras jurídicas propriamente ditas. Estas, a seu turno, são relatos objetivos, descritivos de determinada conduta e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações¹⁹. Delineiam determinadas situações gerais e abstratas, implicando-lhes consequências jurídicas. Sendo assim, tradicionalmente, o mecanismo normalmente utilizado para sua aplicação e interpretação se mostra relativamente simples. Foi o que se denominou alhures de método da subsunção.

Por meio desta técnica, busca-se adequar o fato concreto (premissa menor) à conseqüente norma reguladora geral e abstrata (premissa maior), para se extrair daí determinada declaração jurídica correspondente. Envolve uma operação eminentemente lógica, conforme exemplo que se segue: “O Negócio Jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz é nulo” (regra - art. 166, do Código Civil); Caio, absolutamente incapaz, celebra contrato de compra de venda com Tício (fato); O Negócio Jurídico firmado é automaticamente nulo (Conclusão - adequação do fato à norma).

Com relação ao conflito de regras, isto é, caso dois ou mais preceitos se encontrem em abstrato aplicáveis a mesma situação, entende-se que a antinomia entre eles será dirimida no plano da validade, por meio dos critérios

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A utilidade dos princípios na aplicação do direito*. Disponível em: <<http://civilistica.com/utilidade-principios/>>. Acesso em: 10/06/2015

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p.3

¹⁹ Ibid. p.2

cronológico, hierárquico e da especialidade²⁰. Por esta razão, operam na modalidade tudo ou nada: ou abrangem na sua inteireza determinado fato, ou se mostram totalmente inadequados para tal.

Essa técnica, contudo, é rechaçada pela corrente Civil-Constitucional. Primeiro porque trata o direito positivo como a resposta para todos os males. Traz a ideia de que todo fato possui, por detrás dele, uma conseqüente norma jurídica que o regule. Isso, como já visto, se coaduna com um sistema "formalista", pautado em soluções prontas, as quais não abrem espaço para valores socioculturais que, a todo momento, estão se modificando e evoluindo.

Segundo, porque este método tradicional se vale da crença errônea de que as normas jurídicas em geral - e as Constitucionais em particular - trazem sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete a atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente da regra - como se sua interpretação e aplicação constituíssem um processo binário²¹ - sem que fosse desempenhado qualquer papel criativo na sua concretização.

Cuida-se de atividade mecânica e extremamente lógica, calcada em um modelo que dirige o magistrado para um só caminho, retirando-lhe a possibilidade de interpretar e aplicar a regra a partir de um viés crítico de justiça e equidade, que envernize com "humanidade" a solução proposta para o caso concreto.

²⁰ Norberto Bobbio ensina que "o critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. (...) o critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior. (...) o terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional) prevalece a segunda" (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011, pp. 97-99).

²¹ "A qualificação e a interpretação fazem parte de um procedimento unitário orientado a reconstruir aquilo que aconteceu em uma perspectiva dinâmica, voltado não ao passado, mas à fase de atuação. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 101-102). No mesmo sentido, o professor Gustavo Tepedino sustenta que a "interpretação e aplicação da norma constituem-se processo unitário, inexistindo duplicidade de etapas entre a qualificação do fato e do direito aplicável. Tal conclusão implica a definitiva superação da subsunção como método interpretativo". (Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 419, p. 5, jan/jun, 2014.).

Por último, deve-se levar em conta que a regra não desfruta da primazia de outrora. Atualmente a dimensão ética e a força normativa dos princípios são os verdadeiros ordenadores do sistema. Estes conectam normalmente uma série de regras e, unificando-as na referência comum do valor neles contido, a elas atribuem sentido e direção²².

Por isso, no atual contexto, a interpretação jurídica tem em seu conjunto - muito mais do que a simples aplicação da regra - a realização de algum princípio jurídico, que, por detrás dela, lhe confere validade e eficácia. Desta forma, ao se reconhecer que a hermenêutica atual lida, no mais alto grau, com a interpretação e aplicação de princípios e regras, deve-se concluir pela insuficiência da simples técnica da subsunção²³.

1.3.2. A ponderação de interesses e os limites à discricionariedade judicial

Entendido o ordenamento como um sistema - unitário, complexo e coerente - constata-se que a resolução do caso prático não pode decorrer de uma regra ou princípio considerado isoladamente, como se a interpretação do direito pudesse ser concretizada “em tiras”²⁴. Repita-se: a acomodação do *direito positivo* ao caso fático não se realiza por meio de um esquema binário – premissa maior/premissa menor - de onde se extrai a ideia de que o corpo genérico da norma sempre irá comportar todos os interesses a serem tutelados em concreto.

²² MORAES, Maria Celina Bodin de. *A utilidade...*, p.2.

²³ “(...) A ampliação da noção de direito positivo e a sua abertura para noções e valores não literalmente e não explicitamente subsuntos nos textos jurídicos permite a superação da técnica da subsunção e a prospectação mais realística da relação dialética e de integração fato-norma, em uma acepção unitária da realidade. (...) A ideologia da subsunção consentiu mascarar como escolhas neutras, necessariamente impostas pela lógica, as escolhas interpretativas do jurista, desresponsabilizando a doutrina”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil...*, p.68).

²⁴ Expressão de: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127.

Ao revés, necessário evidenciar que o texto legislativo, considerado em abstrato, estabelece enunciados normativos mais ou menos abertos, a depender de se tratar de regra ou princípio, mas necessariamente incompletos até serem integrados harmonicamente ao caso prático. Isso porque a clareza do enunciado não se revela no texto em si, mas na norma, no *ordenamento do caso concreto*²⁵, resultado da interpretação jurídica. Com bem ensina Perlingieri, a clareza do texto legal não é um *prius*, mas um *posterus* do processo hermenêutico²⁶.

Desse modo, saliente-se que a solução moldada para o caso prático, fruto do real significado do texto, resulta da ponderação das diversas regras e princípios constantes no ordenamento, consideradas pelo intérprete²⁷, no intuito de se privilegiar o interesse merecedor de tutela em concreto²⁸. Em outros termos: a resposta adequada apresentada pelo magistrado será extraída da alocação de distintos elementos presentes do ordenamento, cujos significados reais, como dito, apenas poderão ser delineados com base na

²⁵ “O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na vigência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, p. 201).

²⁶ “A afirmação pela qual a atividade do intérprete é regulada por uma lógica pré-constituída, com um procedimento por graus no qual cada estado, ou momento, é preclusivo relativamente àqueles sucessivos, representa uma pura veleidade, fundada no pressuposto de que o conhecimento jurídico possa exaurir-se em operações mecânicas de armazenamento automático do fato concreto em um bem determinada *fattispecie* abstrata. (...) O intérprete não pode limitar-se a levar em consideração a fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio iuris*, a sua tarefa não pode variar segundo que seja chamado a aplicar leis “claras” ou leis “ambíguas”, onde a clareza, se existe, não ser um *prius*, mas um *posterius* da interpretação: não a premissa, mas o resultado da interpretação”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil...*, pp. 71-72).

²⁷ “A positividade do direito encontra-se na sua cognoscibilidade pelo intérprete, na sua interpretabilidade, uma vez que o liame entre o texto e o intérprete requer a presença de ambos: nem se pode pretender que o conteúdo do texto se produza exclusivamente pelo legislador, nem que o intérprete o ignore”. (KONDER, Carlos Nelson. Op. cit. p. 208).

²⁸ O ato merecedor de tutela não se restringe à lógica negativa, que pauta os juízos de licitude e não abusividade. Com efeito, “a função promocional do direito lança mão das chamadas sanções positivas, consubstanciadas em incentivos e privilégios proporcionais pela ordem jurídica, em lugar das sanções negativas de cunho repressor. Assim também o merecimento de tutela se revela uma instância positiva de controle dos atos particulares, que não visa diretamente a repressão de violações ao direito (...), mas sim a conferir uma proteção privilegiada a determinado ato pelos valores que promove – ainda que a consequência indireta dessa proteção acabe por resultar na repressão a outro exercício particular conflitante com ele”. (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 58, abr./jun., 2014, p. 95).

qualificação do caso fático apresentado. Desse modo, vê-se como o caso concreto assume extrema relevância para a aplicação e interpretação do direito positivo²⁹.

Registre-se ainda que a valoração da norma a partir do seu exercício prático revela que fato social e fato jurídico não são distinguíveis entre si. Ou bem a relação concreta é fato jurídico ou bem não se está diante de fato³⁰. Não há fato social que não interesse ao direito, já que a vida em sociedade é condicionada por ele.

Sob esta ótica, ressalte-se, então, que a resolução dos casos práticos - dos mais triviais até os mais difíceis (*hard cases*)³¹ - advirá sempre do resultado de uma prévia ponderação de interesses à luz da qualificação das circunstâncias fáticas³² e com vistas à realização de algum valor maior presente no sistema.

A título exemplificativo, retoma-se a hipótese anteriormente suscitada (um caso trivial): o negócio jurídico celebrado por absolutamente incapaz não

²⁹ Karl Larenz bem destaca a relevância dos elementos do caso concreto para a adequada interpretação-aplicação do texto positivado: “A norma, que tem de se simplificar, porque quer abarcar uma série de situações fáticas, aprende em cada situação fática particular apenas alguns aspectos ou elementos. E descarta de outros. Mas isto conduz não raramente à questão de se alguns dos elementos descuidados na norma são, no entanto, tão relevantes no caso concreto, que a sua consideração seja aqui ineludível, se não quiser (a partir da noção de direito) tratar o desigual como igual e assim resolver injustamente. (*Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012. p. 194).

³⁰ “Os chamados fatos ‘juridicamente relevantes’, na verdade, ou são fatos relevantes (como exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos. A respiração de uma formiga não é um fato juridicamente irrelevante: simplesmente não é um fato”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, p. 640).

³¹ Vale ressaltar que os casos tidos como “difíceis” não são aqueles cujas soluções advêm “apenas de princípios e não de regras”. Na linha aqui defendida, o caso reputa-se “difícil” porque, enquanto na maioria das relações jurídicas o recurso a princípios permite identificar a posição ilícita ou abusiva a ser repreendida, nos *hard cases* não há contrariedade patente a ser reprimida. Nestes últimos, os atos em colisão são lícitos e não abusivos. Desse modo, cabe ao intérprete avaliar qual dos dois interesses que, em concreto, mais promove os valores do ordenamento, para que, assim, possa ser possível negar tutela a um em defesa de outro.

³² No mesmo sentido, Gustavo Tepedino: “Mesmo quando aparentemente o magistrado aplica somente uma regra, de linguagem clara e direta, vale-se a rigor de cada uma das normas que convivem unitariamente no ordenamento, reclamando coerência e inter-relação normativa; e especialmente dos princípios que lhe dão fundamento, respeitada a hierarquia constitucional. Por isso, e a despeito da dificuldade em estabelecer a fronteira entre casos não se pode considerar a ponderação como expediente constitucional, a ser utilizado em hipóteses extremas, quando não fosse possível a aplicação mecânica das regras, sob pena de se subverter a hierarquia do ordenamento”. (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, ...*, p. 5).

é nulo tão somente pelo fato de a letra da lei, em abstrato, aparentemente se enquadrar ao caso concreto. Na verdade, o acordo se mostra inválido porque, com base na avaliação do ato praticado e do grau de incapacidade do agente, o resultado da ponderação de interesses colidentes no caso concreto - grosso modo, autonomia privada, legítima expectativa de direito e tutela do incapaz - evidencia a primazia deste último, o qual abre espaço para a conformação e aplicação da regra que dispõe acerca da nulidade do negócio³³. Conclui-se, assim, que o trabalho do julgador é o de subsumir ao caso concreto o resultado da ponderação, jamais a letra fria (e muitas vezes, lacônica) da lei.

E nessa toada, constata-se que a elaboração do *ordenamento do caso concreto* revela uma atividade criativa do magistrado – muito mais complexa do que a mera subsunção do corpo abstrato ao corpo concreto. Se, por um lado, essa construção demonstra que o juiz deixa de ser *la bouche de la loi* (a boca-da-lei), preso às amarras da literalidade do texto legislativo, por outro, pode levar ao arbítrio e à insegurança jurídica, caso a decisão seja resultado da subjetividade do próprio magistrado e não da adequada interpretação do sistema jurídico. Daí a necessidade de o intérprete se valer de elementos da teoria da argumentação para demonstrar aos destinatários da norma, de forma clara, detalhada e objetiva, o *iter* procedimental percorrido e os parâmetros norteadores da decisão³⁴.

³³ Nesta linha, cabe o alerta de Eduardo Nunes de Souza: “Evidentemente, não se pode supor que o intérprete, em seu primeiro contato com o caso concreto, não reconheça, ainda que involuntariamente, a proximidade da espécie fática em exame com alguma norma jurídica. Diante de um contrato em que uma das partes se obriga a entregar certa coisa e a outra a pagar preço correspondente, seria humanamente improvável que o intérprete se furtasse a pensar no tipo normativo da compra-e-venda. A metodologia aqui proposta simplesmente postula que não se pode conferir qualquer relevância jurídica a essa primeira identificação (de moldes silogísticos), uma vez que em nenhuma hipótese se admite que a interpretação esgote-se nela; ao contrário, é necessário que o julgador (re)conheça justamente para impedir que se convencerimento se forme apenas com base nelas”. (Merecimento de tutela: A nova fronteira da legalidade no Direito Civil. *Revista de Direito Privado*. Volume 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun, 2014, p. 83).

³⁴ “(...) a superação da aplicação mecânica não pode funcionar como pretexto para se conferir ao magistrado carta branca para decidir, de acordo com suas concepções pessoais, mediante inovação genérica de algum princípio constitucional que ele acredite amparar sua própria e individual versão de justiça. (...) A constatação de que vivemos em uma era de incertezas e de que o mecanismo de aplicação do Direito e guiado por uma lógica informal não permite abrir mão da segurança jurídica. A

O constituinte derivado, a partir da emenda constitucional 45/2004, procurou alçar o dever de fundamentação das decisões judiciais ao patamar constitucional (Art. 93, IX, CF³⁵). Essa exigência passou a ser pressuposto de validade da decisão, de modo a servir como parâmetro de controle do exercício legítimo da discricionariedade judicial.

Tal encargo, de um lado, permite o controle extraprocessual, porquanto viabiliza a análise do julgamento pela população em geral, em cujo nome é pronunciado, e, em especial, pelos acadêmicos e demais operadores do direito, que exerceram o controle técnico sobre ele. De outro lado, fala-se na função endoprocessual, a qual se destina a permitir com que as partes possam fazer uma análise apurada da decisão, a fim de controlá-la por meio da interposição eventuais recursos, além de prevenir qualquer elucubração vil por parte do magistrado, que vise a privilegiar interesses outros que não aqueles a serem tutelados pelo ordenamento jurídico³⁶.

Ademais, ressalte-se que a discricionariedade judicial está limitada pelo princípio da legalidade - lido sob uma acepção renovada, alerte-se - dada a complexidade de fontes do ordenamento, unificada pelos valores contidos na Constituição³⁷. O juiz não possui carta branca para fundamentar suas decisões com base em ideologias pessoais ou com fulcro em argumentos de direito

previsibilidade das decisões judiciais é também uma questão de justiça, pois decorre da necessária coerência e harmonia que devem caracterizar o sistema. (...) [por isso] a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas, ao contrário, impôs um limite interno – metodológico – a exigência de fundamentação (argumentativa) da sentença”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, p. 27-28, out./dez., 2013). No mesmo sentido.

³⁵ **Art. 93, IX, CF.** todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

³⁶ V. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de Direito Processual*, 1ª série, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988. F. pág.

³⁷ V. KONDER, Carlos Nelson. Op. cit., p. 208.

natural, encrustados na retórica vazia de uma justiça universal e imutável, não absorvida por elementos normativos positivos.

A liberdade dada ao intérprete, sob pena de transmutar-se em arbítrio, não se revela independente, mas sim autônoma. Isto é, toda decisão judicial, em que pese não estar vinculada à literalidade da lei, deve mostrar-se em consonância com os valores e interesses delimitados pelo ordenamento, os quais servirão de parâmetros ao exercício do juízo discricionário³⁸.

Dentro desta ordem de ideias, exige-se também que a apreciação dos fatos pelo magistrado se dê de forma racional. A “razão” aqui entendida não remete a uma lógica formal, cartesiana, mas ao princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade)³⁹, o qual tem por objetivo mapear o percurso do intérprete até a sua decisão final. O postulado possui três consectários básicos, quais sejam, a (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, os quais são etapas da análise da proporcionalidade da medida.

A partir desse princípio, o magistrado deverá avaliar, como primeiro passo, qual será a conduta *adequada* para a alocação dos interesses em rota de colisão. Verifica-se, nesta fase, se a medida utilizada tem amparo

³⁸ “Com isso, o direito civil-constitucional assegura que a interpretação jurídica será exercida com propósito unitário, vinculado aos valores fundantes de cada sociedade, e não aos interesses e opiniões de cada um. Garante, ademais, que o jurista não atuará de modo isolado, empregando técnicas formais para aplicar certo dispositivo legal a uma situação fática qualquer, indiferente ao que o ordenamento projeta para a sociedade como um todo. A interpretação jurídica não pode ser tratada como procedimento lógico apartado da avaliação dos resultados da aplicação do direito, mas deve, ao contrário, perseguir sempre a concretização do plano constitucional, respeitando a hierarquia das fontes e dos valores, em uma acepção necessariamente sistemática e axiológica”. (SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 16).

³⁹ Ressalte-se que o termo *proporcionalidade* foi cunhado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Segundo a doutrina brasileira, ele é extraído da cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF). Já a ideia de *razoabilidade* originou-se no direito norte-americano e é consectário da cláusula do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF). Luis Roberto Barroso, em posicionamento com o qual se concorda, sustenta que, apesar de ambos os conceitos possuírem fontes distintas, eles se confundem. (v. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2004). Humberto Ávila, em sentido diverso, distingue os dois termos. (v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4º. ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005). Sobre o tema, v. tb, ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

constitucional e se há uma adequação entre os meios escolhidos e os fins a serem atingidos. Em segundo lugar, fala-se no critério da *necessidade*, segundo o qual o intérprete, dentre os diversos meios disponíveis para a o atendimento da finalidade pretendida, deverá escolher o que menos restringir os interesses em choque. Por fim, chega-se ao critério da *proporcionalidade em sentido estrito*, que evidencia a análise do custo benefício do ato praticado. Vale dizer, esta última fase exige a demonstração de que as vantagens decorrentes da medida deverão superar as suas desvantagens.

E, assim, com base nesses pressupostos, o exercício do juízo discricionário consegue ser controlável, estando afastado, a princípio, o risco de o juiz incorrer em arbitrariedades.

Finalizada esta etapa, a continuação do trabalho se sustentará nos pilares até então erguidos. Reconhecidas as premissas teóricas norteadoras do sistema, bem como o adequado trabalho do intérprete, buscar-se-á, a seguir: (i) apresentar, de maneira detalhada, qual a lógica axiológica por detrás do ordenamento; (ii) de que modo ela afeta o direito civil, em geral; (iii) e, em particular, de que forma ela toca a autonomia privada e o paternalismo jurídico.

1.4. A dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela do sujeito de direito

Dentre os valores que permeiam o ordenamento atual, sem dúvida, o mais importante deles é o princípio da dignidade da pessoa humana. É ele que confere unidade axiológica à Constituição, demonstrando-se como o fundamento máximo da república e o vetor central do sistema. Impõe a proteção integral da pessoa humana, de modo a alcançar todos os setores da ordem jurídica e a valer-se como o fim a que se destina o ordenamento. Por

essa razão, consagra-se como valor no qual a ordem jurídica passa a se apoiar e a se constituir, servindo como o principal critério material para a ponderação de interesses quando da colisão de valores constitucionais⁴⁰.

A noção de dignidade humana como valor inerente de cada indivíduo tem origem no Cristianismo, de acordo com o postulado de que todos os seres humanos foram criados à imagem e semelhança de Deus. Contudo, foram os processos de racionalização e dessacralização ocorridos durante os séculos XVII e XVIII que possibilitaram a construção kantiana de dignidade fundamentada na autonomia ética do ser humano⁴¹. Na sua “Crítica à razão prática”, datada de 1788, Immanuel Kant reasentou a questão da moralidade em novas bases, resumidas, em última instância, no que ele denominou de “imperativo categórico”.

Tal postulado, conforme as lições do filósofo, impõe que o ser humano seja visto como um fim em si mesmo. Significa dizer que todas as normas decorrentes da vontade legisladora precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana⁴².

Neste passo, foi após a Segunda Guerra Mundial que os postulados kantianos vieram a se consolidar juridicamente. Em virtude das graves crises econômicas ocorridas na primeira metade do século XX, as quais mitigaram a política liberal de não intervencionismo estatal e, principalmente - em razão

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 196. Ainda, a professora Maria Celina Bodin de Moraes: “(...) O fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, a priori, em favor do conceito de dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 85).

⁴¹ DALSENTER, Thamis. *Corpo e autonomia: interpretação do art.13 do Código Civil brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 48

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: op. cit., p. 81.

dos esforços para superação das atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo⁴³ - a comunidade internacional passou a se incumbir da tarefa de criar meios referenciais de proteção ao ser humano⁴⁴.

Surgiram, assim, variados documentos nacionais e internacionais que delinearão o conceito e a proteção da noção de dignidade. Por exemplo, uma das mais emblemáticas declarações de direitos humanos⁴⁵, a Declaração Universal da ONU de 1948, consignou em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. E desde então a ideia de dignidade inerente ao homem está presente⁴⁶ em todos os diplomas, tratados, convenções, assim como na maioria das cartas

⁴³ Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes: "O Século XX foi profundamente marcado por duas grandes guerras, pelos horrores efetivamente praticados pelo Estado constituído, especialmente durante a vigência da ideologia nazista. Sua política de racismo, destruição e morte, assegurada por lei, consentiu que fossem ultrapassados limites até então intransitados, e provocou, como reação, a necessidade de concreta efetivação dos direitos humanos, subjazendo, *ex novo*, a ideia de que o direito ou é humano ou não é direito. Não por acaso se considera que o fim da modernidade coincide com o término da segunda guerra mundial. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. pp. 33-54)

⁴⁴ Assim, Canotilho observa que é em face das experiências históricas de violação da natureza própria de pessoa, como ocorre em regimes totalitários, que a dignidade da pessoa humana ganha sentido republicano, ou seja, impõe que o sujeito seja reconhecido como limite e fundamento da República. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa permitirá assentar a ideia de pluralismo, através de uma configuração constitucional inclusiva de onde se extrai a harmonia entre o indivíduo e a coletividade através do respeito à diversidade multicultural. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina. p. 225).

⁴⁵ “Como se sabe, o próprio conceito contemporâneo de “direitos humanos” é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento é atribuído às violações ocorridas na época e à crença de que parte delas poderia ter sido prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional já existisse, o que motivou a mobilização em torno da incipiente ‘Sociedade das nações’ e de sua transformação na atual Organização das Nações Unidas”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamís. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*. Fortaleza, v. 19, n. 3, set./out, 2014. p. 789).

⁴⁶ Nesse sentido, tem-se a Constituição Italiana de 1947 que consignou que “*todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei*”; a Lei Fundamental de Bonn, 1949, que seria o primeiro diploma a colocar a dignidade da pessoa humana “em termos mais incisivos”: Art 1, 1 - *A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais; A Constituição Portuguesa de 1976, que coloca a Portugal como uma República “baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular [...]”, seguindo a mesma linha a Constituição Espanhola de 1978. Também a União Europeia, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consigna a inviolabilidade, o respeito e a proteção à dignidade do ser humano.*

constitucionais dos Estados democráticos⁴⁷. Com efeito, a noção de uma proteção real e irrestrita ao ser humano, pautada na dignidade humana, passou a ganhar expressão jurídica de destaque.

No direito Brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Considerando a sua proeminência, proclamou-a entre os princípios fundamentais do sistema⁴⁸.

Contudo, dada a sua natureza aberta, essa noção permite ser ampliada em infinitas conotações, o que, naturalmente, pode trazer para ela um risco de generalização absoluta. Levada ao extremo, tal postura hermenêutica acabaria por atribuir ao conceito um grau de abstração tão complexo que tornaria impossível qualquer aplicação.

Sendo assim, coube à doutrina dar maior densidade jurídica ao termo, tratando-se de determinar seus limites e sua aplicabilidade. O consenso alcançado foi aquele referente à sua natureza aberta, segundo a qual qualquer tentativa de conceituação jamais alcançará a pretensão de exaurir todas as suas potencialidades⁴⁹.

Relevante salientar, também, que, em excelente trabalho sobre o tema, a professora Maria Celina Bodin de Moraes extraiu dessa concepção um importante esquema teórico, denominado de substrato material da dignidade:

"O substrato material da dignidade deste modo entendido se desdobra em quatro postulados: (i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; (iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação; (iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários

⁴⁷ DALSENTER, Thamis. Op. cit. p. 50.

⁴⁸ **Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

⁴⁹ "Há casos em que a dignidade é explicitamente desrespeitada seus mais notórios e frequentes exemplos. Essa relativa facilidade para categorizar condutas que ferem a noção de ser humano, como a medida de todas as coisas, não abarca, contudo, todas as hipóteses de observância do princípio". (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamis. Op. cit. p. 790).

desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade⁵⁰.

Por meio deste esquema, o princípio passou a ser fundamentado não só sobre a ótica da igualdade formal⁵¹, mas também sobre o viés da igualdade material⁵². Tal medida prevê a necessidade de tratarem as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. A isonomia passa, assim, de mera abstração formal construída pela lei, para uma igualdade em concreto, consagrada a partir da exigência de equilíbrio entre as nuances daquilo que deve ser diferenciado quando a igualdade descaracteriza (direito à diferença) e daquilo que deve ser igualado quando a diferença inferioriza⁵³.

Da mesma forma, as liberdades individuais passaram de uma ótica negativa, cuja ratio apenas imprimia a não intervenção do Estado no comportamento individual - para uma ótica positiva - cuja essência impõe a participação social e estatal no sentido de não só permitir, mas também de

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85

⁵¹ Neste sentido, a Declaração de Independência Norte-Americana de 1776: "Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade". Da mesma forma, a burguesia Francesa, recém liberta dos grilhões absolutistas, assim conclamava na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum".

⁵² Obrigatória a referência ao magistério de Rui Barbosa, apoiado em Aristóteles, na sua *Oração aos Moços*: "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desiguamente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real"
Disponível em:
http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 20.10.2015.

⁵³ Assim, Boaventura de Sousa Santos "Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades" (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56)

orientar, auxiliar e incentivar o mais amplo desenvolvimento da personalidade do sujeito de direito, conforme sua própria vontade⁵⁴.

Nesta esteira, amplia-se também a ideia de integridade física, que passa a expressar não só a vedação a tortura e lesões corporais, mas também a evidenciar o esforço no sentido de permitir uma verdadeira autodeterminação corporal. Seja por meio da abertura de uma redoma individual de livre disposição do próprio corpo, seja pela facilitação de meios que permitam a construção do corpo desejado nas suas múltiplas e infinitas facetas.

A integridade conduz a compreensão de duas categorias inseparáveis: o corpo e a mente. Passa-se a vê-los de maneira global, de forma a superar a concepção dualista de pessoa, consagrada no seio da era moderna. Chega-se, desse modo, a uma noção mais ampla, denominada de integridade psicofísica⁵⁵.

Por fim, em meio às exigências do livre desenvolvimento da personalidade, cumpre aduzir que estas não se concretizam numa conjuntura de isolamento - de acordo com a figura do mítico *homo cláusus* - mas sim a partir de um contexto social, que constrói e reconstrói a identidade do ser a partir da convivência com o outro (alteridade)⁵⁶.

⁵⁴ “A dignidade é dado concreto, aferível no atendimento das necessidades que propiciam ao sujeito se desenvolver com efetiva liberdade – que não se apresenta apenas em um âmbito formal, mas se baseia, também, na efetiva presença de condições materiais de existência que assegurem a viabilidade real do exercício dessa liberdade” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro: Padma, v. 35, p. 108-109, jul./set. 2008).

⁵⁵ Desta forma, Pietro Perlingieri: (...) a integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da pessoa humana. A tutela de uma desses perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, utilizável para cada um de seus aspectos. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*:... p. 157)

⁵⁶ “O ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa de outro(s) para existir (rectius, coexistir). A concepção outrora dominante teve, por longo tempo, o homem como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu mundo interior, como se fosse uma ilha: era o chamado *homo clausus*. Esta concepção foi abandonada em prol da compreensão a ela oposta, isto é, aquela segundo a qual o indivíduo existe enquanto em relação com outros (o sentido da alteridade) e como o mundo a ele externo.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. In: Op. cit, p. 247)

O princípio constitucional da solidariedade prega, desse modo, pelo reconhecimento da importância do todo na construção da personalidade humana. Mais do que um direito, importa falar num respeito à diferença, capaz de possibilitar a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, por meio do reconhecimento do que as distingue e do que as une: no caso, a igual quota de dignidade de todas as pessoas humanas⁵⁷.

E, assim, de acordo com essa perspectiva, fez-se da unidade de um fim abstrato uma pluralidade de meios palpáveis no caso concreto. No particular do Direito ao próprio ao corpo, situado na esfera de autonomia corporal, tal transformação permitiu uma verdadeira ampliação de sua tutela.

Diante disso, faz-se mister entender como que se desenvolveu a questão da autonomia corporal no âmbito do direito ao próprio corpo e como ela é trabalhada atualmente, para que, por fim, seja possível dar um contorno constitucional ao paternalismo jurídico, que, em essência, visa a justamente limitar tal prerrogativa.

⁵⁷ Ibid. p. 244.

CAPÍTULO 2 - Do “ter” ao “ser”: da autonomia contratual à autonomia corporal.

2.1 A autonomia contratual e o legado oitocentista

As várias dificuldades de se estabelecer os contornos atuais da autonomia existencial são decorrência, substancialmente, da noção de autonomia privada delineada pela produção jurídica liberal dos séculos XVIII e XIX. À época dos códigos oitocentistas, a autonomia privada representava a mais absoluta superação dos grilhões absolutistas. Em postura servil ao *code*, cânone normativo dessa libertação, ela se via representada na (aparente) possibilidade de o indivíduo isolar-se no âmbito da propriedade, do contrato e da família, para ali desenvolver o gerenciamento de seu patrimônio da maneira que melhor lhe apossasse.

Neste contexto, a vontade estava nitidamente vinculada à lógica patrimonial, porquanto os atos jurídicos por ela criados tinham como preocupação central o objeto que ali estava sendo negociado e não quem se inseria dentro da relação jurídica. Enquanto tal, o indivíduo, elemento abstrato do direito civil tradicional, só se via acolhido de tutela jurídica quando identificado pela alcunha do sujeito proprietário, sujeito contratante ou do chefe de família. Erigia-se, assim, o “individualismo possessivo”, que condicionava a tutela jurídica ao papel desempenhado pelo sujeito de direito na sociedade. Tinha por essência reconhecer a “humanidade” apenas àqueles que travassem relações de cunho patrimonial.

A ideia de autonomia privada, à época, se confundia essencialmente com a noção de autonomia contratual, expressa como garantia pré-jurídica, livre de qualquer restrição ou condicionamento, para que, por meio dela, se viabilizasse a transmissão de bens e o funcionamento da vida econômico

social. Fazia-se do conceito uma unidade normativa isolada, a ser restringida, apenas, de forma quantitativa por normas de ordem pública.

Tal esquema, por consequência, acabou culminando numa verdadeira realidade de hiperindividualismo. A autonomia privada assumiu verdadeira postura predatória, de forma a revelar-se como o verdadeiro algoz de qualquer emancipação subjetiva do sujeito não proprietário. Fazia-se da vontade função destinada unicamente à realização patrimonial, de maneira a reduzir o campo de incidência do direito à unicidade da realidade econômica dominante.

Tudo isso porque a patrimonialidade era erigida como valor em si, alçada como princípio fundamental de um sistema que tinha como pressuposto o ideal liberal burguês de circulação de bens e acumulação de riquezas sem qualquer ingerência estatal. Nesse contexto, aqueles que estavam à margem deste sistema, sem condições financeiras ou qualquer tipo conhecimento técnico, acabavam se inserindo dentro destas relações não por causa de uma vontade livre, mas sim por necessidade, se submetendo a condições muitas vezes degradantes para sua dignidade⁵⁸. Quem contratava por necessidade, portanto, não era livre.

Por tais razões, viu-se que a autonomia privada, enquanto sustentada exclusivamente pela patrimonialidade, traduzia verdadeira lógica de exclusão e desigualdade fática, o que culminou na sua releitura pela sistemática jurídica atual.

2.2. Autonomia privada: estrutura e função

Atualmente, tendo por base a constitucionalização do Direito Civil, a autonomia privada reveste-se de uma estrutura completamente diversa.

⁵⁸ Interessante a passagem colocada por de FACHIN: “Tudo ainda se reduz: a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de Direito: aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do Direito Civil; para os demais, o limbo.” (FACHIN, Luiz Edson. Op. cit. p. 116).

Abandona-se a ideia de autonomia privada como um fim em si mesmo, revestido de um conteúdo meramente patrimonial, para transmutá-la em um conteúdo mais amplo.

Alçada a dignidade humana ao ápice do sistema, passou-se a tratar a autonomia privada como uma redoma de liberdade concedida ao sujeito para a sua realização existencial⁵⁹. O indivíduo, outrora abstrato quando não detinha, se torna o sujeito de direito, concretamente considerado pelo que é⁶⁰, haja vista o ordenamento ter se voltado integralmente para a tutela de sua dignidade.

Com efeito, permite-se afirmar que, a partir do texto Constitucional, toda e qualquer relação jurídica em que o sujeito se inserir, seja pública ou privada, patrimonial ou extrapatrimonial, terá como norte o fim único e exclusivo de proteção da pessoa humana. Essa mudança de paradigma, verdadeira personalização do Direito Civil, rompe com o individualismo de outrora, de modo a “despatrimonializá-lo”, sem, no entanto, frise-se, trazer no seu bojo o esvaziamento da tutela dos interesses patrimoniais. Trata-se, na realidade, de apor os direitos patrimoniais dentro de uma ordem de preferência, onde eles, antes um fim em si mesmo, agora são instrumentais à realização existencial⁶¹.

⁵⁹ Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira: “O princípio da autonomia privada escora-se no direito fundamental à liberdade, englobando seus mais diversos aspectos, inclusive o de fazer escolhas no âmbito da própria vida, o que é essencial para a efetivação da dignidade humana e para o livre desenvolvimento da personalidade”. (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Integridade psíquica e capacidade de exercício. Revista trimestral de direito civil (RTDC)*. Rio de Janeiro: Padma, v. 33, p. 5-32, jan./mar. 2008).

⁶⁰ Neste sentido, Gustavo Tepedino: “Neste renovado direito Civil interpretado à Luz da Constituição, abandona-se a noção de pessoa humana como sujeito de direitos abstrato, anônimo, e cuja importância se associava exclusivamente à capacidade patrimonial. Atenta-se, isso sim, para a sua qualificação na relação jurídica concreta em que se insere, levando-se em consideração o valor social da sua atividade. A pessoa humana, portanto, qualificada de acordo com a sua realidade específica, e protegida pelo ordenamento segundo seu grau de vulnerabilidade em concreto, torna-se categoria central no direito contemporâneo.” (TEPEDINO, Gustavo. *O princípio da função social no direito civil contemporâneo*. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito e justiça social*, São Paulo: Atlas, 2013. p. 258).

⁶¹ Nesta linha, Maria Celina Bodin de Moraes e Thamís Dalsenter afirmam: “Cumprir ressaltar que despatrimonializar não significa esvaziar a carga valorativa da tutela dos interesses patrimoniais, mas sim funcionalizá-la de modo que sejam asseguradas as condições materiais para o desenvolvimento da personalidade. O perfeito equilíbrio dessa nova equação depende de uma troca essencial de papéis: a patrimonialidade deixa de ser um valor em si mesmo, passando a ser um instrumento para a realização

Para concretizar tal ideia, faz-se necessário analisar as relações e os institutos jurídicos com base no chamado “perfil funcional”⁶². Necessário assumir que a dignidade humana impõe a funcionalização do sistema, sendo primordial localizar nas situações patrimoniais a função existencial por ela revelada.

Ainda, em uma sociedade que defende a coexistência harmônica, livre, justa e solidária, importa considerar que o perfil funcional não vai incidir, apenas, em situações de eficácia pessoal, ou seja, em situações cujos efeitos jurídicos não afetem a esfera jurídica alheia. Devem ser suscitadas, também, situações que vão além da pessoa, cujos efeitos atinjam terceiros determinados ou indeterminados.

São elas as situações de (i) eficácia interpessoal, que ocorrem quando os efeitos gerados pelo ato de autonomia ultrapassam a esfera jurídica de seu titular, vindo a causar lesão ou ameaça de lesão a uma ou mais pessoas concretamente identificadas; (ii) e de eficácia social, configurada quando o ato de autonomia produz lesão ou ameaça de lesão à coletividade, não se podendo identificar quem são os terceiros lesados.

Nessa ordem de ideias, para que tais limites possam ser determinados, deve-se entender que a autonomia privada será analisada enquanto instrumento jurídico dinâmico, à luz do seu exercício concreto e por meio de um juízo de

dos interesses pessoais e sociais, de tal maneira que o personalismo assume o lugar de valor fundamental de todo o ordenamento jurídico”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamis. Op. cit. p. 793).

⁶² “No âmbito dos negócios jurídicos, a funcionalização da autonomia privada pode ser apreendida não apenas sob esta perspectiva mais conceitual e principiológica, como também em um viés mais concreto e técnico. A funcionalização, neste sentido, significa no exame de um fato jurídico, privilegiar o perfil funcional – os efeitos buscados, o fim almejado – em detrimento do perfil meramente estrutural, por aquele é o mais adequado para individuar os interesses que as partes buscam realizar e tutelar. Ela claramente não despreza a análise da estrutura, pois esta é ponto de partida para qualquer hermenêutico, mas não se atém aos elementos componentes do instituto, indo procurar também nos efeitos buscados, na finalidade perseguida, o regime normativo aplicável àquele negócio”. (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32).

merecimento de tutela⁶³. A vontade não será balizada, apenas, por juízos de licitude ou ilicitude, isto é, por limitações quantitativas, de cunho estrutural, mas sim por um juízo qualitativo, que tenha como objetivo avaliar o merecimento de tutela da vontade enquanto interesse jurídico, balizado a partir dos contornos impostos pela dignidade humana, dentro das especificidades do caso concreto.

Para substanciar o que acabou de ser dito, eis um exemplo: as prerrogativas de uso, gozo e disposição, decorrentes da estrutura do Direito de Propriedade, não são apenas analisadas à luz da legalidade, dentro de um critério definidor de licitude ou ilicitude. Em verdade, elas devem também ser sopesadas através de um critério qualitativo, para que se consiga verificar se tais prerrogativas estão, no caso concreto, realizando a função de trazer consigo os fins axiológicos que por detrás delas lhe conferem validade.

Desse modo, sob uma perspectiva funcional, a construção de um muro numa casa por seu proprietário, v.g, apesar de revestir-se, a priori, de legalidade (art. 1228 do CC)⁶⁴, poderá ser eivada de vício, caso se constate que os fins daquele levantamento, na verdade, têm por base um interesse vil, indigno de tutela, como no caso em que o proprietário constrói um muro com o único fim de impedir que a piscina do vizinho tenha acesso ao sol.

⁶³ Como ensina Pietro Perlingieri: “Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela. [...] não basta, portanto, em negativo, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, em positivo, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica dos valores, como coerente desenvolvimento de premissas sistemáticas colocadas no Texto Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam. Por conseguinte, nem todo ato ilícito é merecedor de tutela. A simples licitude exige, em regra, somente a responsabilidade”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: ...* pp. 92-93). E, no particular da autonomia privada, segue o autor: “Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão do direta do ato e de seu significado constitucional. A atenção se desloca do dogma da autonomia ao ato a ser avaliado, não só isoladamente, mas, no âmbito da atividade exercida pelo sujeito. O juízo de valor deve ser expresso sobre a iniciativa concreta, verificando, em uma visão procedimental, entre outras coisas, o exercício da iniciativa na concatenação dos atos e se o ato e os instrumentos usados para alcançar o resultado perseguido são adequados.”.(Ibid. pp. 280-281).

⁶⁴ **Art. 1.228.** O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

E, no particular da autonomia privada contratual, significa dizer que, a partir de sua ampliação, os tradicionais espaços de liberdade da propriedade, do contrato e da família deixam de ser zonas francas imunes aos ditames existenciais ora estabelecidos, apenas se justificando se, no seio das relações jurídicas, estiverem sendo realizados os ditames subjetivos e intersubjetivos almejados quando da escolha de alçar a pessoa humana ao vértice do ordenamento jurídico. Assim, impõe-se ao civilista contemporâneo uma análise mais complexa e cirúrgica, vinculada aos valores propostos pelo ordenamento.

Ademais, com base nessas premissas, não é possível insurgir-se com um discurso unitário acerca da autonomia privada, como se ela tivesse um viés meramente patrimonial. Unitário é apenas o sistema, em cujo ápice está a pessoa humana. Este, na verdade, permite o tratamento diversificado dos atos de autonomia privada, a depender do contexto em que eles se inserem. Ora podem se referir a situações patrimoniais, ora a existenciais, ora às duas juntas⁶⁵. Somado a isso, as vicissitudes da relação jurídica travada serão sempre únicas, de modo que as condições pessoais, econômicas, culturais e etc. daqueles que nela se inserem deverão ser levadas em conta para a qualificação e o balizamento do ato⁶⁶. Portanto, todas essas variáveis terão de ser consideradas quando da análise dos limites legítimos à autonomia privada.

Quando a esfera de liberdade incidir, precipuamente, sobre situações de caráter existencial, fala-se em autonomia existencial. Trata-se de um espaço de liberdade conferido pelo ordenamento ao indivíduo para que ele possa realizar a emancipação da sua personalidade da forma que melhor lhe aprouver, desde que consentânea à moldura imposta pela normativa constitucional. E, neste ponto, vê-se que o interesse imediato da relação jurídica é a própria realização

⁶⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, e KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN; Luiz Edson (Coords). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. pp. 3-24.

⁶⁶ Sobre o desenvolvimento desse raciocínio, remete-se ao capítulo 1, item 2, do presente trabalho.

da dignidade humana. O objeto em destaque na relação, sejam os direitos da personalidade, sejam os direitos de família e etc. já conformam, de *per si*, a finalidade última a que se destina o ordenamento.

Por isso, pode-se concluir com a seguinte distinção: dentro da lógica da autonomia existencial, a realização de mera função pessoal, que prive pelo livre e adequado desenvolvimento da personalidade, segundo o projeto individual de vida construído pela pessoa, já revela o merecimento de tutela do ato, pois as próprias aspirações existenciais têm o condão de concretizar diretamente a dignidade humana. Já no tocante à autonomia contratual, a necessária instrumentalização das situações patrimoniais para o alcance da dignidade humana, evidencia que esta será legítima apenas quando se conformar aos imperativos da solidariedade social. Dito de outro modo, dentro das situações patrimoniais, a legitimidade do ato de autonomia terá de realizar necessariamente uma função social, enquanto que nas existenciais, bastará apenas a função pessoal (se a ela puder se atribuir algum tipo de função)⁶⁷.

2.3 A autonomia corporal como expressão da autonomia existencial

Define-se a autonomia corporal como a capacidade de autodeterminação da pessoa em relação ao seu próprio corpo⁶⁸. Por se tratar de liberdade relacionada à atributo existencial, pode-se dizer que ela é espécie do gênero “autonomia existencial” acima referido.

Trata-se de reviravolta introduzida na dogmática civilista, porque até o Código Civil de 1916, permeado, sobretudo, pelas luzes do individualismo liberal oitocentista, o corpo era ignorado na sua singularidade. Até essa época, apenas o Código Penal o tratava como bem jurídico singular.

⁶⁷ V. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. pp. 146-147.

⁶⁸ DALSENTER, Thamís. Op. cit., p. 66.

Atualmente, porém, o corpo é visto hoje como atributo inerente à pessoa humana⁶⁹, objeto de fluxo contínuo de mudanças – livre de tabus⁷⁰ – e instrumento de suma importância para a autorrealização existencial⁷¹.

Essa transformação foi disciplinada de forma inédita no Código Civil de 2002, dentro do capítulo referente aos direitos da personalidade⁷². Porém, em que pese inovadora, tal construção revela-se insuficiente para tutelar de forma adequada a pessoa humana, caso lida apenas à luz da legislação civil. Seria no mínimo leviano crer que um tímido rol de 11 artigos pudesse regular *in totum* as múltiplas e infinitas facetas de um ser individual e plural, a um só tempo.

O gênero, “direitos da personalidade”, que tem como espécie o direito ao próprio corpo, não se resume às disposições taxativas do Código. Na verdade, considera-se que a regulação dada pela lei civil é meramente

⁶⁹ “De fato, o corpo se tornou o lugar da identidade pessoal. Sentir vergonha do próprio corpo seria sentir vergonha de si mesmo. As responsabilidades se deslocam: nossos contemporâneos se sentem menos responsáveis do que as gerações anteriores por seus pensamentos, sentimentos, sonhos ou nostalgias; eles os aceitam como se lhes fossem impostos de fora. Em contraposição, habitam plenamente seus corpos: o corpo é a própria pessoa. Mais do que as identidades sociais, máscaras ou personagens adotadas, o corpo é a própria realidade da pessoa”. (PROST, Antoine. *Fronteiras do espaço privado*. In: _____; VINCENTE, Gérard (orgs.). *História da vida privada: da primeira guerra aos nossos dias*. v.5. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. pp. 89-90)

⁷⁰ Na Idade Média, v.g, o tabu envolvendo o uso do corpo foi o caminho para o controle da própria subjetividade humana: “As manifestações sociais mais ostensivas, assim como as exultações mais íntimas do corpo, são amplamente reprimidas. É na Idade Média que desaparecem, sobretudo, as termas, o esporte, assim como o teatro herdado dos gregos e dos romanos. (...) Mulher diabolizada; sexualidade controlada; trabalho manual depreciado; homossexualidade no princípio condenada, depois tolerada e enfim banida; riso e gesticulação reprovados; máscaras, maquiagem e travestimento condenados; luxúria e gula associadas (...). O corpo é considerado a prisão e o veneno da alma. (LE GOFF, Jacques; TRUONG, Nicolas. *Uma história do corpo na idade média*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 37)

⁷¹ “Assim, o corpo passa a figurar no direito privado de forma completamente distinta: de um lado, um corpo que não poderá ser maculado por terceiros, sob pena de reparação dos danos sofridos; de outro, passa a ser protegido, inclusive, das investidas lesivas de seu titular. Isso significa que a integridade psicofísica passa a ser objeto de tutela civil, e não apenas penal, de modo que, se a autolesão não pode sofrer a penalização, deverá, por seu turno, ser condicionada aos imperativos protetivos da personalidade na esfera civil”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamís. Op. cit. p. 797).

⁷² Os direitos da personalidade podem ser definidos como os direitos reconhecidos ao indivíduo, insuscetíveis de avaliação pecuniária, oponíveis à coletividade e ao Estado, os quais expressam um conjunto de atributos inerentes a pessoa humana e cujo objeto são os diversos aspectos do próprio sujeito no seu aspecto, físico, intelectual e moral. Para fins de organização podem ser separado em dois grupos, os quais abrangem os (I) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (II) direitos à integridade moral, onde se inserem os direitos à honra, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome, dentre outros.

exemplificativa, tendo sido inserida tão somente para especificar os efeitos mais agudos da personalidade humana nas relações civis. Na sua real extensão, tais prerrogativas revelam-se elásticas, tendentes a abranger um sem número de hipóteses, muitas vezes não previstas (nem previsíveis) pelo legislador⁷³.

Em decorrência dessa assertiva, mostra-se adequada a ideia de que os direitos da personalidade não podem se enclausurar em tímidas *fattispecies* autônomas e incomunicáveis entre si, tais como expressas na literalidade do Código Civil. Importante, na verdade, concebê-los como um valor, fragmentado dentro do Código, mas dotado de ductilidade e adaptabilidade à luz do Ordenamento⁷⁴, dada a unidade de proteção atribuída ao sujeito de direito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela da pessoa humana e, portanto, dos direitos da personalidade⁷⁵.

Ademais, a personalidade humana, se considerada como um valor, não pode ser reduzida a um elenco de direitos subjetivos típicos, tal como o exposto pela lei civil. Na realidade, ela vai se apresentar dentro de uma

⁷³ “A propósito dos Direitos da Personalidade, um de seus aspectos mais interessantes – e problemáticos – consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses precisam ser encarados como uma categoria aberta”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.p.127).

⁷⁴ Nesse sentido, as lições de Pietro Perlingieri acerca da tutela dos Direitos da Personalidade à luz da legalidade Constitucional Italiana: “Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva e deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade, exigem uma consideração positiva. O fato de a personalidade ser considerada como um valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes como, por exemplo, o direito à saúde (art. 32 Const.), ao trabalho (art. 35 ss. Const.). O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em via judicial (art. 24 Const.)”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: ...p. 156*).

⁷⁵ “(...) a dignidade configura-se como uma cláusula geral de promoção da personalidade, geradora de deveres positivos e negativos, a qual pressupõe que a pessoa seja concebida a partir de uma reflexão multidisciplinar. Isto é, a dignidade, no papel de princípio unificador do ordenamento jurídico, impõe que o olhar dirigido à pessoa seja capaz de englobar a integralidade do indivíduo, levando-se em conta o contexto social, econômico, cultural e as necessidades físicas e psíquicas de cada sujeito”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSETER, Thamís. Op. cit. p. 784). Ademais, o enunciado 274, aprovado na IV jornada de direito civil: “Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

infinidade de situações jurídicas subjetivas; ora como um poder jurídico, ora como um direito potestativo ou uma autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado; enfim, qualquer acontecimento ou circunstância juridicamente relevante à pessoa humana⁷⁶.

O art. 11 do código civil, por sua vez, optou por dar uma resposta radical no tocante à disposição dos direitos da personalidade⁷⁷. Tomado na sua literalidade, observa-se um excessivo paternalismo estatal sobre a pessoa humana, a vedar até mesmo atos simples da vida, como furar a orelha, praticar artes marciais e etc.

Não foi isso, porém, que pretendeu o legislador. Na realidade, ele buscou proteger a pessoa humana dos efeitos nocivos da sua própria vontade. Acertou, em parte, ao considerar que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, proibindo que qualquer um possa se desfazer deles de modo geral e definitivo.

Pecou, contudo, ao proibir toda e qualquer limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade. Se a vontade está funcionalizada à tutela existencial da pessoa humana, o ordenamento não pode proibir, em abstrato, qualquer limitação voluntária, mas apenas aquela que, na situação concreta, esteja em desconformidade com os imperativos da dignidade da pessoa humana⁷⁸.

Para se avaliar a legitimidade da disposição, a doutrina cunhou determinados parâmetros. Em primeiro lugar, necessário examinar a duração e

⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: op. cit., p.127.

⁷⁷ **Art. 11.** Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁷⁸ “(...) Ao jurista compete verificar a que interesses a vontade atende em cada situação concreta. A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento de sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio “fundamento da liberdade”, o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa”. (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27)

o alcance da disposição. Qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente não pode ser admitida, como dito. Para que seja tutelada pelo ordenamento, ela deverá ser limitada temporalmente, além de destinar-se a determinado fim específico⁷⁹, tal como ocorre com a disposição da imagem para revistas e campanhas publicitárias ou como rotineiramente acontece com os participantes de “reality shows”.

Ao lado desses dois critérios, importante analisar também a intensidade da limitação voluntária. Avalia-se, aqui, o grau de restrição imposto ao exercício dos direitos da personalidade. O sujeito que, por exemplo, decide ir a um show de comédia, abre mão, em alguma medida, da sua honra e imagem, pois sabe que naquela ocasião poderá ser alvo de brincadeiras que façam o público rir. Todavia, ele, de modo algum, pode ser completamente achincalhado ou humilhado perante a plateia.

Por último, o critério da finalidade priva por examinar se a autolimitação está de acordo com os interesses do seu titular. Como bem destaca Anderson Schreiber, a ordem jurídica pode admitir que alguém concorde com a inserção de um chip subcutâneo para controlar suas funções vitais ou o monitoramento de sua saúde. Porém, não tolera o consentimento do empregado para inserir o mesmo chip, mas agora destinado a controlar seu horário de entrada e saída no ambiente de trabalho⁸⁰.

Então, diante dessa hermenêutica emancipatória, o intérprete não poderá analisar a personalidade humana apenas sobre o ponto de vista estrutural, a revelar proteção meramente negativa, que prescreva tão somente prerrogativas abstratas (estáticas) ao sujeito de direito e meios legais para repelir injustas agressões (binômio lesão/sanção)⁸¹. Como já visto, tal posição reproduz a

⁷⁹ Assim, o enunciado 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

⁸⁰ V. SCHREIBER, Anderson. Op. Cit. p. 28)

⁸¹ Sobre este ponto, Gustavo Tepedino: “Nem parece suficiente o mecanismo simplesmente repressivo, próprio do direito penal, de incidência normativa limitada aos momentos patológicos das relações jurídicas, no momento em que ocorre a violação do direito, sob a moldura de situações-tipo. A tutela

técnica arcaica e insuficiente de tutelar a pessoa humana à luz da ótica patrimonialista. Se atualmente, a análise meramente estrutural do bem jurídico revela-se insuficiente frente à necessidade de funcionalização do direito, que dirá para se tutelar adequadamente uma relação jurídica eminentemente existencial, onde sujeito e objeto se confundem. Nesta sede, a função promocional do direito⁸² e a análise a partir do merecimento de tutela do ato são os grandes delineadores do dever de promoção dos direitos da personalidade.

Quanto ao particular do direito ao próprio corpo, este também sofreu diversas mudanças específicas. Atualmente, tem-se o entendimento de que a adequada construção da identidade corporal vai se dar a partir do ajuste entre corpo e mente, aspectos indissociáveis entre si. Como salientado, a autonomia corporal terá de se demonstrar como uma prerrogativa que permita a convergência entre o bem estar físico e psíquico da pessoa humana, para que, assim, se realizem os ditames estabelecidos pelo subprincípio da integridade psicofísica. Dessa forma, qualquer restrição imposta à autodeterminação corporal terá de se defrontar com o ônus argumentativo de, no caso prático, demonstrar que a disposição ou alteração corporal não está realizando a justa adequação entre físico e psíquico.

Outra profunda transformação sofrida pelo corpo foi a sua fragmentação. No campo da medicina, as intervenções estéticas alteram as formas naturais da pessoa. Boca, nariz, seios, cabelos são alvos de

da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerados em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado". (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 48-49).

⁸² "(...) no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional" (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Manole, 2007, p. 13).

modificações que alteram a sua constituição originária. Sinais de nascença indesejados na pele são removidos, até mesmo de forma irreversível. O corpo passa a se imiscuir dentro de um constante vir a ser. Utiliza-se, cada vez mais, cirurgias plásticas para modificações pontuais, muitas vezes em razão da mera vaidade pessoal.

Tendo em vista tal cenário, deve-se entender que tais transformações, apesar de específicas, podem significar uma alteração de suma importância para o próprio eu. A intensidade da mudança não pode ser analisada por meio de um critério quantitativo. Muitas vezes, a mera mudança de um fragmento pontual do corpo pode se revelar muito mais devastador para a subjetividade do sujeito do que uma transformação tida como de grande monta para os olhos externos. Busca-se aqui um critério de legitimação qualitativa, no sentido de não se analisar a legitimidade da autonomia corporal com base no que foi mudado, mas sim com base no que a mudança significa para a pessoa humana, no interior de sua subjetividade.

Do mesmo modo, dentro de lógica de um sistema que priva pelo direito e respeito à diferença, não há como se pré-constituir uma noção única de corpo, externa ao sujeito de direito. Em verdade, coexistem dentro da sociedade um sem número de ideais corporais que merecem, na medida de sua desigualdade, a tutela isonômica do ordenamento jurídico. O corpo demonstra-se, então, como importante meio para a construção de diferentes subjetividades, que coexistem e inter-relacionam-se entre si. Priva-se, assim, pelo respeito integral sobre ele, de maneira a voltar autonomia corporal para a tutela de um sujeito singular, construído a partir do amplo domínio sobre sua integridade psicofísica e delineador de um corpo que lhe permita chegar ao seu ideal de vida digna.

Todavia, tome-se cuidado, sempre, para não se fazer da liberdade uma volta ao dogma da vontade individual, alheia à noção de alteridade. À luz da dignidade da pessoa humana, a autonomia privada tem de ser conciliada, em

primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, tais como a solidariedade e a segurança jurídica⁸³.

Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. O poder de polícia estatal e a força ordenadora do direito evaporar-se-iam. Estariam todos fadados a voltar para um estado inicial, de anarquia, onde acabaria prevalecendo sempre a vontade do mais forte.

Portanto, é inevitável que o Estado intervenha em certos casos, se utilizando de instrumentos intervencionistas, para restringir a autonomia corporal em prol da proteção de terceiros ou da própria pessoa. Diante disso, passa-se, então, ao estudo do paternalismo jurídico e, após, buscar-se-á extrair parâmetros que possam nortear o julgador quando da colisão de tais situações. Por último, debruçar-se-á no exame de casos que envolvem, em maior ou menor grau, conflitos entre o paternalismo e a autonomia corporal.

2.4. O paternalismo jurídico

2.4.1. Conceito e espécies

⁸³ Trata-se do diálogo entre autonomia pública e privada, assim exposto pelo prof. Daniel Sarmiento, segundo as lições de Habermas: “Jürgen Habermas propôs uma saída intermediária para a questão da relação entre liberdades individuais e soberania popular. Para ele, não há que se falar em primazia de nenhuma delas. O herdeiro da Escola de Frankfurt procura, na verdade, estabelecer uma conexão íntima entre os direitos individuais e a soberania popular, afirmando que ambos são igualmente essenciais à legitimação do Direito Moderno, no contexto de um mundo ‘desencantado’, onde, diante do pluralismo, não é mais possível, nem mesmo no seio das sociedades nacionais, fundamentar a obrigatoriedade das normas em valores substantivos, nem muito menos pela força. Esta legitimação, para ele, deve ser buscada num procedimento discursivo de formação do direito positivo, realizado sem coerções, no qual todos os afetados tenham iguais possibilidades de participar, e de serem, assim, elaborados. Nesta linha, as liberdades individuais, bem como outros direitos fundamentais que ele enuncia, afiguram-se essenciais para viabilizar a possibilidade deste procedimento discursivo, do qual resultará a produção de um direito legítimo”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 180).

Neste tópic, desloca-se o presente estudo para a análise do Paternalismo Jurídico⁸⁴. Nas palavras de Gerald Dworkin, o paternalismo é uma “interferência na liberdade de ação do indivíduo, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coagida”⁸⁵. Este conceito é gênero do qual decorrem diversas espécies, tais como o paternalismo médico, o paternalismo político, o paternalismo benevolente, enquanto expressão da relação entre pais e filhos, e o paternalismo jurídico⁸⁶.

Dentre as diversidades de espécies, buscar-se-á aprofundar o entendimento do conceito de paternalismo jurídico. Segundo Letícia Martel e Luís Roberto Barroso:

“O paternalismo jurídico é um princípio que justifica a constrição de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos, para a proteção do indivíduo contra comportamentos próprios auto infligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida”.

É uma intervenção que “(i) envolve uma ablação jurídica de posições subjetivas do(s) direito(s) de liberdade de um indivíduo ou grupo contra a sua vontade”⁸⁷; e “(ii) visa a proteger o próprio indivíduo que tem seu direito de

⁸⁴ “São institutos afins: a) o moralismo jurídico: a.1) em sentido estrito: pode ser justificado para o Estado proibir uma conduta por ser ela inerentemente imoral, mesmo que não cause nem dano nem ofensa a terceiros; a.2) em sentido amplo: pode ser justificado para o Estado proibir condutas que causem mal aos outros, sem que causem dano ou ofensa; b) o princípio do benefício aos demais; é justificado ao Estado proibir certas condutas quando a proibição for provavelmente necessária para a produção de algum benefício a terceiros; c) o perfeccionismo: é justificado ao Estado proibir condutas que são provavelmente necessárias para o aprimoramento do caráter dos indivíduos (para que eles se tornem moralmente mais elevados); d) o moralismo jurídico paternalista: o princípio refere-se à manutenção de um ambiente moral em uma sociedade política, ou seja, que uma sociedade, mesmo liberal, deve preservar a ideia de ‘um mundo moralmente melhor’”. (BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*, p.48. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf. Acesso em: 30/06/2013).

⁸⁵ DWORKIN, Gerald. Paternalismo. *The Monist*, v. 56, n. 1, jan. de 1972, p.65.

⁸⁶ DALSENTER, Thamís. Op. cit., p.68.

⁸⁷ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p.11

liberdade constricto, ou seja, o que justifica a ablação é a proteção do indivíduo em relação a seus próprios comportamentos”⁸⁸.

Quanto às suas espécies, o paternalismo jurídico pode ser categorizado em quatro tipologias de acordo com o fim a que se destina. O paternalismo fraco é aquele aplicado a indivíduos ou grupos tidos como incapazes, nos quais há razões para acreditar que o discernimento para tomar decisões não seja plena, tais como crianças e pessoas com transtornos mentais severos. Da mesma forma, é aplicado em situações nas quais se julga necessário intervir, dada a dúvida sobre a capacidade ou não do agente para praticar o ato. São exemplos desta intervenção paternalista: (i) a ação que visa a afastar a ameaça de que uma conduta involuntária resulte em situações não benéficas ao sujeito como, por exemplo, impedir que o viciado em alucinógenos se jogue pela janela e (ii) a ação que visa a tirar a pessoa da frente de um ônibus mesmo sem saber se ela deseja levar a vida a termo⁸⁹.

O paternalismo forte pode ser definido como a intervenção aplicada a pessoas plenamente capazes e informados sobre os riscos de sua conduta. Está ligado às hipóteses de atos prejudiciais aos indivíduos, mas mesmo assim praticados por eles. É a intervenção sobre os chamados atos acráticos, por exemplo, decorrentes de uma suposta fraqueza de vontade do agente. São tradicionalmente identificados nas políticas públicas como (i) campanhas de combate ao fumo, leis que proíbem o fumo em lugares fechados (ii) leis que determinam índices de consumo alcoólico compatíveis com a direção de veículos automotivos (iii) leis que restringem o porte de armas (iv) leis que impõem a vacinação obrigatória (v) e políticas públicas que determinam o controle intenso de doenças⁹⁰.

O Paternalismo puro ocorre quando o indivíduo ou grupo que tem sua liberdade constricta é o mesmo cujo bem é pretendido. Obrigar o uso de cinto

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Exemplos extraídos de: DALSENTER, Thamis. Op. cit., p. 68

⁹⁰ Exemplos extraídos de: DALSENTER, Thamis. Op. Cit., p.69

de segurança, por exemplo, é caso de paternalismo puro, pois essa restrição de liberdade tem por fim o bem das próprias pessoas obrigadas a cumprirem a determinação.

O paternalismo impuro se dá quando os indivíduos ou grupos que têm sua liberdade constricta não se identificam exatamente com aqueles cujo bem se promove pela medida. Os protegidos podem incluir o grupo, sem constituir sua totalidade. Neste sentido, proibir a fabricação de cigarros, para proteger a saúde dos fumantes, é caso de paternalismo impuro, pois os fabricantes teriam sua atividade restringida para ajudar os consumidores do tabaco⁹¹.

Essas tipologias foram muito importantes para conduzir a um consenso no que toca a aceitação do paternalismo fraco, dada a sua aplicação a indivíduos cuja habilidade para tomar decisões, é (ou está), por razões plausíveis⁹², diminuídas ou ausentes⁹³.

Neste caso, não há que se falar em uma ablação jurídica do direito de liberdade, nem, por conseguinte, em uma contraposição de valores individuais e sociais. A incapacidade liga-se diretamente ao discernimento, à possibilidade de entender e querer praticar determinado ato. Sem essa capacidade não haverá responsabilidade, isto é, a pessoa não poderá assumir as consequências

⁹¹ V.CARVALHO, Gisele Mendes. Delitos relativos à prostituição no Código Penal Brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Ciências Penais*. São Paulo, v. 12, jan./jun. 2010. p.189.

⁹² Ernesto Garzón Valdés justifica o paternalismo quando tais medidas atuem no sentido de diminuir uma real desigualdade. Segundo ele, todo indivíduo possui competências básicas (Cb) para a vida cotidiana e competências específicas (Cr), para questões que envolvam uma maior complexidade. A falta de (Cb) é condição justificadora para o paternalismo jurídico nos seguintes casos: a) Quando os elementos relevantes da situação são ignorados ou desconhecidos; b) quando sua força de vontade é tão reduzida que impede sua capacidade de decidir; c) quando as faculdades mentais estão permanente ou temporariamente reduzidas por alguma razão; d) quando se está sob coação ou ameaça; e) quando alguém, sabendo da importância de determinado bem, não deseja colocá-lo em perigo, mas se nega a usar dos meios necessários para salvaguardá-los. Nestes casos, quem apresenta uma carencia de (Cb), deve ser considerado incompetente básico (Ib), o que o coloca numa igualdade negativa, que pode ser temporária ou permanente, setorial ou total. Esta (Ib), para existir, deve ser determinada por fundamentos objetivos, calcados em relações causais seguras. Ademais, a intervenção em (Ib) só será justificada se houver um intuito benevolente e destinado a superá-lo, na medida do possível. (VALDÉS, Ernesto Garzón. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*: Universidad de Alicante. Espanha, n.5, 1988, pp.166-167. Tradução livre).

⁹³ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p. 17.

negativas que provierem do seu ato. Inexiste, dessa forma, autodeterminação individual. E, portanto, a intervenção é adequada.

Quanto às outras espécies de paternalismo, o consenso já não se mostra tão amplo. Há quem assinale que o paternalismo jurídico – seja nas suas modalidades forte, pura e impura – revela-se benéfico ao bem estar do indivíduo e da sociedade. Há quem sustente, por outro lado, que tal intervenção demonstra-se avessa aos ditames do Estado Democrático de Direito.

2.4.2. Argumentos pró e contra o paternalismo: entre a dignidade como autonomia e a dignidade como heteronomia

Acerca dos argumentos contrários ao paternalismo pode-se dizer que:

(a) o paternalismo jurídico desconsidera ou oferece pouca importância à liberdade individual; (b) o paternalismo jurídico não se coaduna com o fato do pluralismo⁹⁴; (c) o argumento paternalista possui um caráter *ad infinitum* que o torna demasiadamente arriscado; (d) não há possibilidade de se definir objetivamente um bem e, por vezes, quando há, sua imposição pode levar a uma domesticação de corpos e mentes; (e) o paternalismo jurídico é demasiadamente aberto ao desvio e ao mau uso; (f) o paternalismo jurídico impede que os indivíduos sejam tratados como sujeitos morais iguais⁹⁵.

Nesta linha, destacam-se argumentos que privilegiam o conceito de dignidade como autonomia, apresentado por Luis Roberto Barroso e Letícia Martel em “A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia individual no Final da Vida”. Esta concepção, avessa ao paternalismo jurídico, põe em destaque os

⁹⁴ Segundo Gisele Cittadino, o pluralismo é uma “concepção vinculada à figura do indivíduo, enquanto ser capaz de agir segundo a sua concepção sobre vida digna. (...). Importa ressaltar, entretanto, que a ideia de pluralismo não se restringe à diversidade das concepções individuais sobre a vida digna que caracteriza a sociedade moderna. O pluralismo possui uma outra dimensão, que está associada não à diversidade das concepções individuais sobre o bem, mas à existência de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 85).

⁹⁵ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p.18.

subprincípios da liberdade e da igualdade⁹⁶ e pauta-se em quatro aspectos essenciais, a saber: (i) capacidade de autodeterminação; (ii) condições para o exercício de autodeterminação; (iii) universalidade e (iv) inerência da dignidade ao ser humano⁹⁷.

Em síntese, o primeiro aspecto envolve o direito de a pessoa desenvolver livremente a própria personalidade, através da noção de que o sujeito capaz é, por si só, apto a se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los quando estes incidirem sobre decisões de sua própria vida, tais como religião, casamento, ocupações ou outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros.

O segundo ponto complementa a ideia já desenvolvida acerca das liberdades positivas, ao evidenciar a necessidade de uma atuação promocional do Estado sobre a pessoa, garantindo-lhe um mínimo existencial. A defesa de um “patrimônio mínimo”⁹⁸, instrumental ao desempenho da autonomia, visa a assegurar condições econômicas, educacionais e psicofísicas básicas para a livre concretização dos planos individuais de vida.

Por último, ensinam os autores que o terceiro e quarto aspectos – universalidade e inerência – costumam andar lado a lado. O cunho ontológico da dignidade (seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano) impõe o viés

⁹⁶ Através desta passagem, pode-se notar a correlação entre o conceito de dignidade como autonomia e os princípios da liberdade e igualdade: “Segundo Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, a construção da dignidade como autonomia compõe-se de um aspectos *substantivo* e de um aspecto *formal*. O aspecto formal da dignidade é “articulado como um direito geral, tido por cada ser humano, ao respeito (à sua dignidade) pelos outros seres humanos. Esse direito (de ser tratado como alguém que possui valor) pode ser esquematizado: (i) Um direito de ser respeitado como alguém que pertence à classe dos seres humanos, isto é, como alguém que possui as capacidades distintivas de *ser humano*; (ii) Um direito (negativo) contra intervenções alheias indesejadas que são danosas às condições ou às circunstâncias que são essenciais para que alguém floresça como um humano; e (iii) Um direito (positivo) a auxílio e assistência para assegurar as circunstâncias e as condições para que alguém floresça como ser humano (BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger apud MARTEL, Leticia. Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Rio de Janeiro, 2010. Tese de Doutorado em Direito público. Departamento de Direito da UERJ, p. 48).

⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., pp. 38-39.

⁹⁸ Sobre o desenvolvimento do conceito de “patrimônio mínimo” v. FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

universal de respeito e promoção da pessoa. Significa dizer, então, que a dignidade deve ser conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica, de modo que a contingência espaço-temporal e a contingência entre pessoas (como mais ou menos dignas) representam uma afronta para a dignidade⁹⁹.

De outra banda, os autores favoráveis ao paternalismo sustentam que:

(i) Sua não-adoção implica no descaso aos concidadãos, representando a quebra de vínculos que deveriam unir as pessoas em uma sociedade política; (ii) é possível identificar um caráter objetivo de bem, seja ele físico, econômico ou psicológico, ou, ainda, quanto àquilo que pode tornar as pessoas mais felizes e auxiliá-las a obter seus interesses. Isso torna não apenas viável que a sociedade política busque a proteção dos indivíduos ou grupos, mas também determina uma de suas funções; (iii) o paternalismo jurídico, na medida em que busca o bem dos indivíduos, incrementa a utilidade (prazer, felicidade, ausência de dor, bem-estar...), ou seja, atende a pressupostos utilitários; (iv) existem inúmeras medidas jurídicas paternalistas nas sociedades políticas atuais, cuja plausibilidade é aceita¹⁰⁰.

Nota-se que tais argumentos expressam antes valores compartilhados pela sociedade do que interesses de matiz individual. Nesta perspectiva, o ideal de vida digna não parte mais de um enfoque individual, mas sim de um padrão social construído externamente ao sujeito, aliado ao interesse público, ao bem comum, aos bons costumes, dentre outros. Da mesma forma, por meio deste marco tipicamente utilitarista busca-se justificar a intervenção paternalista sob o fundamento de que este traria a maximização dos critérios gerais de bem estar e prazer. Privilegia-se, nesta ótica, a preservação de valores sociais, tidos como os mais adequados para o bem viver individual.

Neste diapasão, passa-se da ideia de dignidade como autonomia, para a concepção de dignidade como heteronomia. A liberdade não é mais eixo central, e sim, o discurso paternalista, que busca freiar a autonomia, obstando escolhas que possam comprometer valores socialmente consolidados. Isso significa, pois, que a dignidade como heteronomia, expressão do discurso

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit., p. 40

¹⁰⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *O paternalismo jurídico...* pp. 17-18.

paternalista, fulcra-se na ideia de que o bem social se sobrepõe à liberdade individual, trazendo consigo a noção de que há indignidade mesmo quando o sujeito não considera que suas escolhas ou os resultados delas sejam indignos¹⁰¹.

Apresentado o embate, nota-se que, sem dúvida, o paternalismo – pautado por um discurso social, expressão de uma dignidade como heteronomia – é, por definição, contrário á autonomia privada – calcada na dignidade como autonomia.

Desta forma, surge novamente a dúvida: como fixar parâmetros para verificar a legitimidade ou não das intervenções jurídicas dentro da redoma da autonomia corporal? Se, aparentemente, tanto a autonomia quanto o paternalismo congregam interesses constitucionalmente garantidos – sejam calcados no ideal de maximização do bem estar social, sejam baseados na proteção de direitos individuais – como conciliá-los quando colidirem no caso concreto?

Para a resolução deste conflito, uma primeira ideia deve ser apresentada. As situações que se referem à vida privada do indivíduo, de cujo fundamento extrai-se a autonomia da pessoa humana, passam a ter proteção constitucional mais intensa, porquanto consideradas indispensáveis para a vida humana digna¹⁰². Desta forma, no caso de colisão entre autodeterminação corporal e paternalismo jurídico, deve-se ter em mente que a liberdade, no plano abstrato, terá um peso maior do que o discurso intervencionista. Deve-se levar em consideração que a regra, ou melhor, que a tendência do ordenamento será a de tutelar as liberdades individuais com maior afinco, pondo o discurso

¹⁰¹ MARTEL, Leticia. *Direitos fundamentais indisponíveis...*, p. 173.

¹⁰² “No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito – como, por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento –, considera-se haver uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Significa dizer que as ações humanas que envolvem as escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Uma aplicação do princípio da liberdade*. In: Op. cit., p.190).

intervencionista em segundo plano, presente apenas em hipóteses excepcionais¹⁰³.

Ainda, necessário lembrar que seus discursos devem se fundar em um único fim: no respeito à dignidade da pessoa humana. Portanto, o resultado almejado é aquele que prive pelo indivíduo como ser singular e plural, a um só tempo: único em seu ideal de dignidade, mas necessariamente plural e solidário aos fins da comunidade em que se encontra inserido.

Dado este reconhecimento, o grande desafio agora será o de conformar, em concreto, ambas as situações. Deve-se respeitar o sujeito de direito, sem prejudicar o convívio harmônico das diversas “espécies de sujeitos singulares” no âmbito social, tendo a noção de que nenhuma delas pode ser ignorada na consecução dos objetivos Constitucionais. Para isso, a seguir, buscar-se-á analisar, à luz da Constituição, os artigos 13, 14 e 15 do Código Civil, os quais disciplinam a disposição corporal.

¹⁰³ “Ao paternalismo, contido na máxima segundo a qual “as pessoas devem ser protegidas de si próprias”, deve ser oposta a presunção que vigora nas sociedades democráticas: a liberdade de escolha acerca do próprio destino não pode ser exceção”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. In: Op. cit., p.135).

CAPÍTULO 3 – A Análise dos artigos 13, 14 e 15 do Código Civil à luz da legalidade constitucional

3.1. O art. 14 e o princípio da não mercantilização da pessoa

Em “O Mercador de Veneza”, famosa peça teatral de Shakespeare, Antônio dá em garantia de dívida uma libra de sua própria carne¹⁰⁴. Fantine, personagem do romance “Os Miseráveis”, de Victor Hugo, vende seus dois dentes da frente em troca de dinheiro¹⁰⁵. Recentemente, a imprensa mundial noticiou o inusitado caso de Wang Shangkun, que vendeu um dos seus rins para comprar um *Ipad*¹⁰⁶. Esses personagens fictícios, assim como Wang, negociaram partes de seu corpo.

Atualmente, para o nosso ordenamento jurídico, isso é vedado. Como já assinalado, a pessoa humana não é um meio, mas sim um fim em si mesmo. Ela não pode, de modo algum, ser instrumentalizada para a consecução de fins patrimoniais¹⁰⁷.

Desta forma, volte-se às lições Kantianas, citadas pela professora Maria Celina, para assinalar que:

“enquanto o preço deve representar um valor exterior (de mercado) e manifestar interesses particulares, a dignidade deve representar um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas tem preço; as pessoas, dignidade. O valor moral encontra-se infinitamente acima do valor de mercadoria, porque ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em

¹⁰⁴ NEVES, José Roberto de Castro. *Uma introdução ao direito civil: parte geral*. 3. ed.: Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 59.

¹⁰⁵ Hugo, Victor. *Os Miseráveis*. Tradução José Angeli. 3. ed. São Paulo: Scipione, 2011. COLOCAR

¹⁰⁶ Disponível em: <http://tecnologia.terra.com.br/eletronicos/na-china-jovem-de-17-anos-vende-rim-para-comprar-um-ipad-2,2e38ad6ec72ea310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html> . Acesso em: 24/10/2014.

¹⁰⁷ “O homem não pode dispor de si mesmo porque não é uma coisa; nem é propriedade de si mesmo, pois seria contraditório. Na medida em que ele é pessoa, ele é sujeito ao qual pode caber a propriedade de outras coisas. Mas, se fosse propriedade de si mesmo, seria uma coisa, cuja posse poderia reivindicar. Ora, ele é pessoa, o que é diferente de propriedade e portanto não é uma coisa, pois é impossível ser, ao mesmo tempo, coisa e pessoa, e fazer coincidir o proprietário e a propriedade. Baseado nisto, o homem não pode dispor de si mesmo” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. In: Op. cit., p. 106)

meio para se alcançarem quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade máxima, a realização do valor intrínseco da dignidade humana¹⁰⁸.

Sendo assim, qualquer relação estritamente existencial¹⁰⁹ - tal como é a disposição permanente do próprio corpo – não pode ter como fim a patrimonialidade, pois nesta situação jurídica – em que sujeito e objeto se confundem – o motor da relação jurídica deverá ser a busca pelo desenvolvimento de sua própria personalidade ou a concretização de finalidades altruístas.

Neste sentido, eventual fim econômico poderá, de fato, funcionar “como um fator de pressão sobre a vontade do disponente e de coerção indireta da sua liberdade de autodeterminar-se em ordem da própria integridade”¹¹⁰. Tal construção faria com que a personalidade humana passasse a ser vista sob a ótica de mercado, o que pré condicionaria o indivíduo a tratar dos seus atributos pessoais da mesma forma como gere seus bens patrimoniais.

Por esta razão, afirma Carlos Nelson Konder que, dentro das relações existenciais, destaca-se um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, denominado de subprincípio da não mercantilização da pessoa (ou princípio da gratuidade)¹¹¹:

Ele determina que os aspectos existenciais da pessoa humana devam ser regidos por uma sistemática própria, distinta da lógica aplicável aos aspectos patrimoniais. Impõe uma barreira contra a possibilidade de que bens jurídicos insuscetíveis de avaliação

¹⁰⁸ Ibid. p. 81.

¹⁰⁹ Não se está tratando aqui de direitos existenciais com reflexos patrimoniais. Há situações existenciais que podem ter expressão pecuniária, o que afasta o princípio a gratuidade. Como ensina Rose Melo Vencelau Meireles, citando Carlos Alberto Bittar: “Com a separação, certas partes do corpo podem ingressar no comércio jurídico, como coisas suscetíveis de valoração, inclusive sob contratos onerosos (como os cabelos, as unhas), com fins econômicos (elaboração de aparatos, ou adornos, ou outros)”. (BITTAR, Carlos Alberto, apud MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 206).

¹¹⁰ Ibid. p. 208

¹¹¹ A exigência de gratuidade encontra-se presente, dentre outros dispositivos, nos Art. 199, §4º, CF; Art. 9º e 15 da Lei nº 9.434/1997, Art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), e na resolução CFM nº 1.358/92 que estabelece a gratuidade da doação e o anonimato dos doadores e receptores de gametas e pré-embriões.

econômica sejam negociados como se fossem objetos de uma típica transação mercantil¹¹².

E, assim, conclui-se com um primeiro parâmetro base para o presente trabalho: se a disposição corporal tiver por fim a realização de interesses de cunho patrimonial, de forma a subverter a hierarquia existente entre direitos existenciais e patrimoniais, a intervenção estatal sobre ato, se mostrará, em concreto, plenamente adequada.

3.1.1 O aparente conflito entre o Código Civil e a lei 9434/97

No Código Civil, na esteira do acima exposto, a disposição sobre o próprio corpo, no todo ou em parte, deve ser gratuita, de forma que sua validade é subordinada ao objetivo a que se presta, o qual pode ser científico ou altruístico¹¹³. A finalidade científica é principalmente representada pela destinação do cadáver às escolas de medicina para fins de ensino e pesquisa. Como principal exemplo de finalidade altruística tem-se a doação de órgãos para transplantes, a evidenciar a concretização do princípio constitucional da solidariedade social.

A lei 9437/97, por sua vez, regulamenta a doação de órgãos. Em vida, constatada a inexistência de risco para a integridade psicofísica do doador, este escolherá o receptor de forma livre, sem a interferência judicial, desde que o beneficiário seja seu parente consanguíneo até o quarto grau. Para qualquer outra pessoa, haverá a necessidade de prévia autorização judicial, salvo nos casos de doação de medula óssea, conforme dispõe o art. 9º da referida lei, com redação dada pela lei 10211/2001¹¹⁴.

¹¹² KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro, v. 15, jul./set. 2003. p. 56.

¹¹³ **Art. 14.** É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

¹¹⁴ **Art. 9º.** É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes

Quanto à disposição post mortem, a redação original do art. 4º da lei 9434/97, que inicialmente disciplinava o tema, gerou bastante polêmica. Ela introduziu a hipótese do consentimento presumido do *de cuius*, segundo a qual apenas a sua expressa manifestação contrária em vida o retirava da posição de doador de órgãos¹¹⁵.

Após severas críticas¹¹⁶, sobretudo por parte de médicos e juristas, o poder executivo editou a Medida provisória nº 1718 de 6 de outubro de 1998, que impôs a exigência de consulta aos familiares, nos casos de ausência de manifestação expressa do doador, ao incluir um §6º no art. 4º¹¹⁷. Por fim, após ser reeditada 26 vezes, a medida provisória (agora “MP 1959-27”), foi alterada para ser converter em texto legislativo. Após outras cinco reedições do seu teor, foi promulgada a lei 10211/2001, que alterou a redação do art. 4º da lei 9434/97 para fazer finalmente prevalecer a vontade dos familiares sobre a do doador¹¹⁸.

consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

¹¹⁵ **Art. 4º** Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.

¹¹⁶ Alegava-se que “haveria supressão das liberdades básicas, como a dignidade e autodeterminação; a lei seria um instrumento não adequado de intervenção do Estado na vida privada; geraria discriminação dos cidadãos não doadores; a população brasileira não teria o nível de informação a ponto de fazer a escolha negativa. Alegou-se, ainda, que ‘o interesse social decorrente da grande demanda e da pequena oferta de órgãos seria insuficiente para justificar tamanha interferência estatal na esfera privada’”. (BERALDO, Anna de Moraes Salles. Ponderações constitucionais sobre a autonomia psicofísica. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan./jun.2014, p. 7. Disponível em: <http://civilistica.com/ponderacoes-constitucionais-sobre-a-autonomia-psicofisica/>. Acesso em: 21/10/2015).

¹¹⁷ **Art. 1º da MP 1718.** “O art. 4º da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: ‘§ 6o Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção’”.

¹¹⁸ **Art. 4º da Lei n. 9.434/97, com redação dada pela Lei n. 10.2011/01:** “A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”.

Aparentemente, contudo, tal redação conflita com aquela do art. 14 do Código Civil¹¹⁹, que permite ao sujeito de direito, em vida, manifestar-se acerca da doação *post mortem*. A fim de compatibilizar essa aparente antinomia, editou-se o enunciado 277 na IV Jornada de Direito Civil, que faz uma evidente ponderação entre os interesses contidos nos dois dispositivos. Segundo o teor do enunciado, a manifestação expressa do indivíduo acerca da sua situação de doador prevalece sobre a vontade dos familiares, de modo que a incidência da norma do art. 4º da lei 9434/97 fica restrita apenas à hipótese de silêncio, em vida, do *de cuius*¹²⁰.

3.2. Os parâmetros do art. 13 do Código Civil

3.2.1. Diminuição permanente da integridade física, exigência médica e bons costumes

O art. 13 do Código Civil utiliza três parâmetros para regularizar os atos de disposição do próprio corpo. São eles: a diminuição permanente à integridade física e os bons costumes, que definem a ilicitude do ato, e a exigência médica, que o autoriza o ato quando em afronta aos outros dois critérios¹²¹.

Diante de termos tão vagos e de difícil aplicabilidade, impõe-se interpretá-los à luz dos ditames constitucionais, a fim de que o artigo ora analisado seja um campo de promoção da personalidade.

¹¹⁹ **Art. 14.** É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. **Parágrafo único.** O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo

¹²⁰ **Enunciado 277, CJK.** “O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”.

¹²¹ **Art. 13.** Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Com relação à noção de diminuição permanente da integridade física, esta deve ser lida de acordo com as ideias anteriormente assinaladas. Como exposto, analisa-se a autonomia corporal com base no princípio integridade psicofísica, que congrega uma unidade de tutela a corpo e mente. Tem-se, portanto, uma percepção mais ampla de cuidado, e daí decorre a insuficiência da análise literal do dispositivo, que apenas consigna a proteção do corpo no seu viés físico. Deve-se, portanto, interpretar o dispositivo no sentido de proibir a disposição que traga permanentemente uma dissonância entre o ideal de bem estar físico e psíquico da pessoa humana.

Ademais, este critério não é adequado porque sugere, a *contrario sensu*, que todos os atos de disposição não permanentes estariam autorizados. Nada mais perigoso. Os atos que importem em diminuição temporária não podem ser, por si só, considerados legítimos. Deve-se conjugar tal parâmetro com aqueles extraídos pela doutrina a partir da interpretação do art. 11 do Código Civil. Ao magistrado, portanto, cumprirá examinar não só a extensão da disposição (permanente ou não permanente), mas também a duração, a intensidade e, sobretudo, a finalidade perseguida com a autolimitação corporal¹²².

Quanto à questão da “exigência médica”, esta assume posição de relevância, devendo ser considerada hierarquicamente superior aos demais critérios. Não se trata, contudo, de “patologizar” a disposição corporal, de elevar a exigência médica a um patamar superior – como um critério absoluto –, imune a qualquer avaliação ética ou jurídica. Deve-se, ao revés, interpretar o termo com certa flexibilidade, abrindo-o ao diálogo com outros ramos da ciência, para que, desse modo, ele possa verdadeiramente ser um instrumento de acesso aos fins terapêuticos que o indivíduo tanto almeja¹²³.

¹²² Remete-se ao capítulo 2, item 2.3.

¹²³ Anote-se a crítica de Caio Mário da Silva Pereira, o qual afirma que a redação do art. 13 “peca de uma incorreção técnica. O médico jamais impõe ou exige a disposição do corpo. O que se pretende enunciar é que pode ser necessária, por indicação médica, a extração ou retirada de uma parte do

Deve-se assinalar, ainda, que, em razão da consolidação da concepção unitária do corpo, a expressão “exigência médica” contida no art. 13 passou a se referir tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente, conforme o enunciado nº 6 da I Jornada de Direito Civil¹²⁴.

3.2.2. A historicidade dos bons costumes: da moral social à moral constitucional

Quanto à questão dos bons costumes, deve-se salientar que, atualmente, o conceito diverge sobremaneira daquele historicamente empregado. Usualmente, o termo era utilizado para diferenciar os comportamentos tidos como toleráveis, daqueles que deveriam ser reprimidos. Dotada de alto grau de abstração e calcada num discurso extremamente paternalista, tal concepção introjetava o valor moral dominante de dada sociedade, para funcionar como meio de sustentação da legitimidade do aparelho coercitivo social contra os valores minoritários.

A sexualidade, por sua vez, foi uma das manifestações corporais mais massacradas pela tradicional lógica dos bons costumes. Como assinalado, fazia-se do corpo verdadeiro tabu, aprendendo-lhe em um modelo definido externamente pela sociedade, dentro do qual a busca do sexo por mero prazer, a homossexualidade (o “invertido”), a prostituição, dentre outras manifestações, eram marginalizadas, tidas como contrárias ao bem estar social.

No passado, os bons costumes associavam corpo à religião, o que sucedia na demonização de manifestações sexuais contrárias aos dogmas religiosos, associados à concepção dualista da pessoa - cingida em corpo e

corpo. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 209-210).

¹²⁴ “Art. 13: A expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.

espírito – a qual resultava na ideia de inviolabilidade sacra do corpo como instrumento para realização de sua missão na terra¹²⁵.

Como reflexo dessa ordem, tais comportamentos chegavam a ser criminalizados ou, quando menos, tratados como verdadeiras doenças, a serem aniquiladas pela repressão da biopolítica constituída¹²⁶. Em união de esforços, os discursos médico e jurídico faziam dos bons costumes um evidente poder de polícia constituído primordialmente para limitar os espaços de liberdade existencial que representassem um perigo aos valores morais compartilhados pelo conservadorismo vigente.

Atualmente, porém, considerado á luz da dignidade humana, os bons costumes adquirem função diversa daquela outrora consolidada. Trata-se de reconhecer na referida noção o sentido de moralidade assegurado pela Constituição de 1988¹²⁷.

Como já exposto, a Ciência Jurídica, ao mesmo tempo em que aberta aos anseios sociais, é também uma ciência normatizante, voltada para o regramento da vida social. Sendo assim, o caráter regulador do sistema não vai se fechar às multifacetadas da sociedade para abarcar tão somente o discurso paternalista da moral majoritária.

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 36

¹²⁶ “Nessa perspectiva, os principais tipos pervertidos sexuais eram: 1) os espinaes, idiotas completos, cuja prática perversa era o onanismo, ‘tal é esta idiota estragada, esgotada, indiferente a tudo que o cerca, que se entrega a uma masturbação desenfreada após a idade de 3 anos’; 2) os espinaes cerebrais posteriores, nos quais prevalecia ‘o ato instintivo puramente brutal. A ninfomania e a satiriasis entram neste grupo’; 3) os espinaes cerebrais anteriores, dentre os quais estavam as perversões propriamente ditas, os invertidos. Esses eram considerados os mais perigosos pois desde criança o homem procurava o homem e a mulher a mulher. Para Casper, o invertido tinha ‘uma alma de mulher em corpo de homem’. Outros Juristas e médicos classificaram os invertidos em natos e acidentais. Os natos, desde a infância, se comportavam como uma mulher, na adolescência se apaixonavam por um companheiro e começavam um onanismo recíproco, chegando posteriormente à pederastia”. Os médicos legistas consideram estes indivíduos como verdadeiros alienados’ ou degenerados hereditários. Essa inversão seria ou congênita ou devida à depravação moral, à perversidade. Completavam esse quadro de ‘loucos sexuais, os sádicos, masoquistas, erotômanos, parálíticos, vesânicos, epiléticos, idiotas e débeis, exibicionistas e fetichistas”. (MAZZIEIRO, João Batista. Sexualidade criminalizada: prostituição, lenocínio e outros delitos – São Paulo 1870/1920. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 18, n. 35, p. 247-285, 1998).

¹²⁷ DALSENTER, Thamis. Op. cit., p. 107.

Cumprido, desse modo, rechaçar a dependência do direito à moral (*rectius*, a moralização do direito), porquanto nem todo o padrão moral dominante compartilhado em sociedade será necessariamente um valor juridicamente protegido, dado o caráter pluralista do sistema, cuja tutela se volta para todos, de igual forma, sem qualquer preferência apriorística.

Cumprido afirmar, portanto, que a moralidade assegurada pelo sistema é somente aquela parcela da moralidade social internalizada pelos princípios constitucionais - expressões normativas dos valores compartilhados pela sociedade que ultrapassam limites setoriais de dado grupo. Em outras palavras, pode-se dizer que a moral constitucional é aquela assegurada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, alçado ao ápice axiológico do sistema jurídico pelo próprio poder constituinte originário, expressão direta da vontade soberana do povo como um todo.

Dentro deste raciocínio, considerando-se que o conceito de bons costumes representa um conjunto de valores morais, deve-se assumir que ele será preenchido tão somente pelo conjunto da moral social absorvida pelo sistema¹²⁸. Desse modo, espanca-se qualquer noção de bons costumes afeita a legitimar a coerção legal do *status quo* social. Da sua radiografia ver-se-á uma ossada constituída primordialmente por valores de cunho pluralista, voltados, como já cediço, para a abertura de fronteiras que incluam e tutelem de igual forma os diferentes sujeitos que numa sociedade (con)vivem.

Isso significa reconhecer um certo caráter paternalista aos bons costumes, enquanto parâmetro limitador da autonomia corporal, sem torna-lo, em contrapartida, um obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade.

¹²⁸ “Em uma sociedade plural, que protege constitucionalmente os mais diversos estilos de vida e preconiza a tolerância e a não discriminação, torna-se tarefa de difícil justificação a proibição de atos individuais que não atinjam terceiro, sob o fundamento da violação dos “bons costumes”. Um dispositivo proibitivo desse jaez poderia violar os preceitos constitucionais que garantem a livre expressão da identidade e a inviolabilidade. O termo “bons costumes”, portanto, deve ser entendido em consonância com os fundamentos e os objetivos da República, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 37).

Trata-se de entendê-lo como uma limitação que só se mostrará legítima em hipóteses excepcionais, quando, no caso concreto, após a ponderação de interesses, o ato de disposição se mostrar desarrazoado frente aos valores constitucionais ora estabelecidos.

Para tal, necessário consignar que qualquer tentativa de definição apriorística do seu conteúdo vai contrariamente à *ratio* do conceito em questão. A impossibilidade de determinação do termo é justamente o que lhe dá funcionalidade no sistema, permitindo-lhe ser a conexão entre a tábua axiológica Constituinte e a matéria regida no corpo codificado.¹²⁹ Se assim não fosse, o intérprete se veria privado de atualizar e adequar as limitações impostas pelo conceito ao sem número de ideais corporais, em constante desenvolvimento no seio das relações sociais.

E desse modo, *tertium non datur*: ou o conceito, ao perder sua funcionalidade, cairia como letra morta no artigo 13 do Código Civil¹³⁰; ou a eficácia prática dos bons costumes, enquanto termo objetivamente apreciável, se veria condicionada à predeterminação rígida e abstrata dos atos legítimos e ilegítimos de disposição corporal. Isso, sem dúvida, iria contra à noção de dignidade humana como valor aberto e afeita à tutela das mais diversas concepções de vida digna.

Por fim, deve-se registrar que a limitação imposta pelos bons costumes, em regra, não incidirá no espaço concedido pelo ordenamento ao livre desenvolvimento da personalidade. As situações jurídicas de eficácia pessoal

¹²⁹ “O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas”. (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (Coord.). *O Código Civil na perspectiva Civil-Constitucional – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 5).

¹³⁰ E é justamente o que atualmente vem acontecendo. Diante do reconhecimento de que os bons costumes se revelam, *a priori*, como um conceito que traz para o direito à manutenção de um *status quo* - embebido no conservadorismo - ele vem perdendo sua aplicabilidade prática, sendo tratado como verdadeiro termo não escrito no artigo em questão.

não ensejam, em princípio, violação aos bons costumes. Isso significa dizer que, preferencialmente, não haverá limites internos a serem impostos por essa cláusula geral quando se tratar de atos que não afetem terceiros.

3.3 O art. 15 do Código Civil e o consentimento informado

Por fim, quanto aos contornos que permeiam a tutela da integridade psicofísica, o art. 15 do Código Civil dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Destaque-se, porém, que, na esteira da constitucionalização do Direito Civil, não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, mas também a paciente que, suficientemente informado, prefere a ele não se submeter por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação de sua própria dignidade. Nesta sede, portanto, a normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais¹³¹, para ampliar indubitavelmente as hipóteses de incidência do artigo em questão.

Desta análise, outra questão vem à tona. Ante a prevalência da tutela da pessoa em geral, e, dada a hipossuficiência, em maior ou menor grau, do paciente submetido ao tratamento, torna-se necessário impor uma postura mais ativa do prestador de serviços médicos, com vistas a verificar, em linguagem acessível, o perfeito entendimento do paciente quanto aos riscos e especificidades do tratamento a que irá se submeter.

Neste sentido, surge dentro da seara das situações existenciais e – principalmente no âmbito do Biodireito – o princípio do consentimento

¹³¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 43.

informado ou livre e esclarecido¹³². Segundo o professor Carlos Nelson Konder, ele revela:

“A anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informa-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda”.¹³³

Consegue-se, assim, maior proteção à autonomia da pessoa humana, de modo que a intervenção só restará legítima caso haja algum vício no consentimento esclarecido do paciente quando da intervenção médica.

¹³² Da mesma forma, os arts. 46 e 48 da Resolução CFM nº 1.246/88: É vedado ao médico: Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida. Art. 48 - Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

¹³³ KONDER, Carlos Nelson. Op. cit., p 61. Em complementação, Teresa Negreiros sustenta que: “A exigência do consentimento informado corresponde a uma projeção especial do princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes envolvidas não só uma perspectiva de confiança como uma obrigação de lealdade recíproca, além de deveres acessórios, como o dever de informar. Na prestação de serviços médicos, em que o paciente entrega seu bem-estar, saúde e mesmo a vida aos cuidados do profissional, tem tal importância este princípio que substitui o modelo de sujeitos antagônicos do sinalagma contratual (liberal) por um dever de cooperação mútua, ao trocar o paradigma do indivíduo em sua autonomia privada pelo dever de solidariedade contratual”. (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. pp. 225-257).

CAPÍTULO 4 - Análise de casos concretos

4.1 Os atos acráticos

Conforme assinalado, os atos acráticos decorrem da suposta fraqueza de vontade do agente. Frequentemente ligadas à questão do paternalismo forte, são condutas paradoxais à racionalidade, exercidas de forma voluntária e consciente, optando o sujeito por praticá-las mesmo ciente dos males que elas podem causar.

Como exemplo, tem-se a hipótese do fumante que, mesmo sabendo dos prejuízos causados pelo cigarro, opta por continuar a fumar. Igualmente, os hábitos de comer e beber em excesso, apesar de prejudiciais à pessoa, continuam a ser racionalmente praticados devido ao prazer que proporcionam.

Nestes casos, por mais que, em termos objetivos, o sujeito possa estar agindo fora de um padrão social, em termos subjetivos, tal ato pode ser racionalmente explicado, haja vista os prazeres que ele traz. O indivíduo escolhe, então, racionalmente, o que lhe “faz mal ao corpo, mas provavelmente bem à alma”¹³⁴. E dentro deste tema, se buscará, a partir daqui, delimitar os atos acráticos que serão objetos de análise deste trabalho.

Serão examinados os “vícios” que, mesmo em maior grau, não retiram do agente esta capacidade subjetiva de entender o malefício que a atividade lhe traz. As substâncias psicotrópicas, por exemplo, geram um distúrbio de tamanha monta, pelo que, ao serem utilizadas, retiram do usuário a completa capacidade de discernimento.

Além disso, são substâncias cujo grau de dependência retira do agente qualquer capacidade racional de escolha, o que, por derradeiro, corrói a sua

¹³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: Op. cit, p. 194.

livre autonomia individual, prendendo-o a apenas um único fim: ao uso imoderado da droga.

Por fim, são substâncias consideradas ilícitas, o que aproxima a discussão para a seara do direito penal. Sendo assim, para os objetivos deste trabalho, tais vícios serão considerados como incapacitantes, nos termos do art. 4º, II do Código Civil¹³⁵. Trata-se, neste campo, de legitimar o paternalismo fraco.

Quanto às pessoas que fazem o uso de bebidas alcoólicas, só se enquadrarão nas propostas a seguir apresentadas, aqueles que fazem o uso social e moderado da bebida. A parcela também enquadrada no art. 4º, II, definida como ébria habitual, consumidora descontrolada e imoderada de bebidas alcoólicas (“alcoólatras”), também estará excluída das propostas a seguir delineadas.

Serão considerados, então, os hábitos de fumar cigarro, de comer imoderadamente, de praticar esportes radicais, dentre outros. E dentro deste campo, necessário lembrar, conforme assinalado, que o ordenamento prioriza, em abstrato, o respeito à liberdade individual, e a recusa ao paternalismo. Tal como dito, a intervenção se apresentará em caráter excepcional. Por esta razão, a solução para conciliar a incolumidade da pessoa – fundamento de um possível discurso paternalista –, de um lado, e a autonomia corporal, de outro, é a informação.

Trata-se de uma espécie de consentimento livre e esclarecido. Transfere-se ao Estado o encargo de promover a informação, bem como o de exigir e fiscalizar que os fornecedores destes produtos e serviços, tidos como atentatórios a incolumidade da pessoa, informem de maneira completa, pormenorizada e em linguagem adequada, os riscos e malefícios daquilo que inserem no mercado de consumo.

¹³⁵ **Art. 4º.** São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: (...) II – Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.

E justamente por isso, o constituinte, na seção destinada a regulamentar a comunicação social, prevê a necessidade de advertência nas propagandas comerciais quando o uso de determinados produtos e serviços notoriamente puderem causar malefícios à saúde do indivíduo (art. 220, §4º, CF)¹³⁶.

Vê-se, assim, que a prática de atos acráticos não pode ser vedada, mas sim regulamentada. Ao se valer de tal postura, o estado consegue compatibilizar os imperativos de intervenção estatal e a autonomia corporal. Sem adotar um paternalismo extremado, interfere apenas no tocante à exigência da informação, de modo a permitir o exercício da autonomia corporal, mas de forma esclarecida, transparente e livre de quaisquer vícios.

4.2. A questão dos transexuais

A cirurgia de mudança de sexo por muito tempo foi proibida no Brasil. Chegou-se ao extremo de indiciar por lesão corporal o médico que se dispusesse a realiza-la, como foi o famoso caso do Dr. Roberto Farina.¹³⁷ Em 1997, porém, o Conselho Federal de Medicina mudou sua orientação ao aprovar a Resolução 1.482/1997, posteriormente substituída pela Resolução 1.652/2002, que, atualmente, encontra-se revogada pela Resolução 1955/2010¹³⁸. Apesar das mudanças, desde 1997, o conselho vem permitindo a

¹³⁶ **Art. 220.** A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

¹³⁷ “O cirurgião plástico Dr. Roberto Farina foi denunciado pelo Ministério Público como infrator do artigo 129. §2º, III do Código Penal, pela realização de cirurgia de reversão sexual, em 1978 (Processo nº 799/76, 17ª Vara Criminal de São Paulo). O médico foi condenado a dois anos de reclusão, em primeira instância, e absolvido, por dois votos contra um, em instância superior. (CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. pp. 140 e ss).

¹³⁸ A resolução 1955/2010 prevê, no seu art. 3º “que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no

cirurgia em casos de diagnóstico de disforia de gênero, isto é, nas hipóteses em que a pessoa se encontrar em situação de incompatibilidade entre o sexo psíquico e aquele que apresenta biologicamente¹³⁹.

A resolução CFM 2955/2010 também disciplina o procedimento para a realização da cirurgia. Segundo tal regulamentação, o paciente deve ser levado ao acompanhamento de uma equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social¹⁴⁰ durante o período de dois anos, antes da realização da cirurgia.

Trata-se, neste caso, de conduta consentânea ao princípio do consentimento informado e da proporcionalidade. Ao estatuir um procedimento formal prévio para a realização da cirurgia, que vise a informar e a trabalhar o psicológico do paciente, a resolução compõe tanto os interesses do paciente quanto aqueles de cunho paternalista, os quais buscam interferir na esfera de autonomia privada, em prol da sua proteção. Se, de um lado, ela demonstra que a proibição de plano não é a solução adequada para os casos de disforia de gênero, de outro, não deixa a realização da cirurgia à mercê apenas da vontade pura e simples do paciente. Tem-se, assim, de uma solução que privilegia a autonomia corporal da pessoa humana, sem esquecer a necessidade de se impor uma procedimentalização singular ao caso em análise, dado o impacto que a transgenitalização causa em sua vida.

mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais”. Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”.

¹³⁹ KONDER, Carlos Nelson; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dilemas de direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 137. Ademais, vale mencionar o Enunciado 276, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, de onde se extrai que: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”.

¹⁴⁰ Resolução CFM 1652/2002 - Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios abaixo definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia. Art. 7º Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

Ademais, evidencie-se que, se a cirurgia traz a extirpação definitiva do órgão genital, a revelar violação à integridade física do indivíduo, por outro lado, afora a finalidade terapêutica do ato, requisito autorizativo do art. 13, CC, há o ganho da identidade sexual desejada, trazendo verdadeira compatibilização do sexo psíquico e do biológico, de modo a salvaguardar a promoção da autodeterminação corporal. Essa orientação, portanto, encontra guarida no direito pátrio.

Diversamente, porém, a 4ª câmara cível do TJMG, em acórdão de relatoria do Desembargador Almeida Melo, entendeu que o pedido de autorização judicial para a realização de cirurgia de transgenitalização seria juridicamente impossível. Apesar de o acórdão não ser recente, datado de 2005, vê-se que ele foi fundamentado com base no art. 13 do Código Civil e na resolução CFM 1652/2002, á época em vigor, através de uma interpretação completamente divergente da que se vem defendendo no presente trabalho. Portanto, merece ser confrontado.

Inicialmente, extrai-se da decisão que a cirurgia de transgenitalização não se enquadraria dentro do termo “exigência médica”, o qual autoriza o ato de disposição do próprio corpo¹⁴¹. Ademais, a resolução do CFM não teria o

¹⁴¹ “TJMG. Direitos da personalidade. Art. 13 do CC/2002. Interpretação da expressão ‘salvo por exigência médica’ e o sexo. O art. 13, “caput”, do Código Civil veda o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, “salvo por exigência médica”. (a) A exigência médica a que se refere o dispositivo do Código Civil deve ser entendida como a necessidade imperiosa de transformação ou de remoção de órgão do corpo, cientificamente provada, em decorrência de patologia grave e curável, exclusivamente, por meio daqueles procedimentos interventivos extremos. (b) O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. O sexo, do qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline”. “Na espécie, não se verifica exigência médica para a cirurgia pretendida pelo recorrente, de caráter irreversível, mas sua sugestão por psiquiatra (f. 08-TJ), o qual entende que ela poderia aplacar o incômodo psíquico vivenciado pelo apelante, que não se conforma com sua identidade sexual masculina. A Resolução nº 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina (f. 21/23-TJ), que foi editada no exercício da sua competência restrita para complementar as regras da ética médica e que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, não consubstancia ato de legalização dessa, de modo a que se revele possível sua autorização judicial. Trata-se de ato administrativo normativo interno do Conselho de Medicina, que não tem efeitos similares aos das leis ou dos regulamentos e que, na definição do Direito Administrativo, somente poderia complementá-los ou explicá-los. (...) A identidade psicológica é um aspecto subjetivo da personalidade. A identidade biológica é o elemento objetivo e social, que perfaz o registro do estado individual. Enquanto o estado civil ou político pode ser mudado, o estado individual,

condão de autorizar a intervenção, eis que, tendo a natureza de mero ato administrativo regulamentar, infralegal, não poderia dispor contrariamente ao art. 13 do Código Civil. Somente a lei em sentido formal e material poderia estipular exceções a tal dispositivo. Por fim, salientou que o estado individual da pessoa não poderia ser modificado, porquanto inalienável, imprescritível e imutável.

Como se vê, os argumentos não parecem adequados. A decisão, além de interpretar o art. 13 de forma contrária aos valores constitucionais¹⁴², pautou-se por um legalismo cego. Segundo a lógica desenvolvida no acórdão, se não há lei que expressamente reja a cirurgia de transgenitalização, não há como autorizá-la. Consoante a decisão, vale dizer, então, que a emancipação da personalidade da pessoa humana está a mercê da existência de um texto legal que expressamente a discipline!

Esquece-se que a discussão em torno do caso envolve a interpretação do sistema como um todo, em cujo ápice está a Constituição federal, fundamentada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que ilumina as tintas do art. 13, da resolução CFM, da máxima segundo a qual “o estado individual seria imutável” e de toda a normativa infraconstitucional. Com base nesta ótica, a qual parece ser a mais adequada, a cirurgia de transgenitalização jamais poderia ser considerada juridicamente impossível.

Acerca do direito à retificação do registro civil do transexual, de acordo com a sua nova opção sexual e novo nome, diversas controvérsias são suscitadas. Argumenta-se que eventual modificação poderia trazer insegurança jurídica, a violar o princípio da intangibilidade do registro, além do fato de a

além de inalienável e imprescritível, é imutável. (...)A falta de lei que disponha sobre a pleiteada ficção jurídica da identidade biológica impede ao juiz alterar o estado individual, que é imutável, inalienável e imprescritível. (TJMG, 4ª, CC, Ap. Cív., 1.0672.04.150614-4/001, Rel. Des. Almeida Melo, julg. 12.05.2005).

¹⁴² Sobre a interpretação adequada do art. 13, CC, remete-se ao capítulo 3, item 3.2.

cirurgia não alterar os órgãos internos do paciente, trazendo, segundo critérios biológicos, a modificação do seu sexo¹⁴³.

Parece melhor, contudo, sustentar que a realização da dignidade do transexual se inicia com a cirurgia, mas apenas se finaliza com a alteração do registro civil. Nada mais contraditório do que se autorizar a operação, mas se impedir sua modificação. Aprisiona-se o indivíduo a um sexo que, de fato, não é o seu, inserindo-o dentro de uma situação vexatória perene, que propiciará chacotas até o fim dos seus dias, sem prejuízo de uma eterna contradição interna entre a sua identidade sexual e o seu registro civil. Portanto, a situação do indivíduo deve ser plenamente revestida de proteção, em todas as suas fases, tanto no tocante à cirurgia, quanto no tange a mudança de registro civil. São todas fases de uma mesma realidade, que tem por finalidade a tutela integral da dignidade humana. Com a proibição da retificação do registro há, sem dúvidas, a parada bruta de uma travessia ainda em curso, a revelar um prejuízo muito maior à dignidade do indivíduo do que à segurança jurídica.

Na esteira de tal entendimento, deve-se destacar julgado paradigma, decidido de forma emblemática pelo STJ.¹⁴⁴ Em recurso especial, interposto por Clauderson de Paula Viana, pugnou-se pela retificação do seu registro de nascimento civil, para que dele passasse a constar o prenome “Patrícia”, bem como a modificação do sexo “masculino” para “feminino”, após realizada a cirurgia de transgenitalização. Com supedâneo na dignidade da pessoa humana e nos princípios da bioética, o tribunal acolheu o pedido do recorrente, ao

¹⁴³ Neste sentido, o famoso caso de Luis Roberto Gambine Moreira, conhecido como Roberta Close: “Registro civil. Retificação de sexo. Prenome. Cirurgia de ablação da genitália masculina, considerada mutiladora, não tem o condão de transformação de sexo. Problema de engenharia genética inafastável. Prevalência do sexo natural sobre o psicológico. Sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase da gestação. Apelo provido”. (TJRJ, Ap. Cível, proc. n. 1993.001.04425, 8ª C.C., rel. Des. Luiz Carlos Guimarães). Com o mesmo teor: (TJRJ, 8ª C.C., Ap. Cív. 1993.001.06617, Rel. Des. Geraldo Batista, julg. 18.03.1997); (TJRJ, Ap. Cível nº 597156728, 3ª Câm. Cível, rel. des. Tael João Selistre, j. em 18/12/1997);

¹⁴⁴STJ, 3ª T., Resp. 1008398, Rel., Ministra Nancy Andriighi, julg. Em 15.10.2009, publ. DJe 18.11.2009. No mesmo sentido: (STJ, SE 1.058, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 15.08.2006); (TJRS, 7ª C.C., Ap. Cív. 70018911594, Rel. Des. Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. 25.04.2007); (TJSP, 5ª C. Seção de Direito Civil, Ap. Cív. Nº 165.157.4/5, Rel. Des. Boris Kauffmann, julg. 22.03.2001);

argumento de que o seu registro deveria estar em compasso com sua identidade psicossocial e morfológica, pois, após a cirurgia, em tudo se assemelhava com o sexo feminino.

Buscou-se reconhecer a verdade real por ele vivenciada e refletida para a sociedade, a fim de evitar um recorrente estado de anomalia, olvidando o reconhecimento do seu direito de viver dignamente. Dentro das linhas do que aqui se se defende, argumentou-se que a alteração de sexo se mostra tão importante quanto à adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, e a última etapa de um processo em que se busca assegurar o exercício pleno da identidade sexual da pessoa humana.

Ressalte-se, por fim, que, o discurso intervencionista, baseado na defesa da segurança jurídica e do princípio da imutabilidade do registro, vem sendo paulatinamente afastado pela jurisprudência, inclusive quando ainda não tiver sido realizada a cirurgia¹⁴⁵.

Por todo exposto, pode-se ver que, neste particular, o discurso em prol da tutela da integridade psicofísica da pessoa humana encontra-se em estágio bastante avançado. A operação de transgenitalização, atualmente, é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência haja vista a sua plena compatibilidade com as exigências do art. 13 do Código Civil e com a

¹⁴⁵ Apelação cível. Retificação do registro civil. Transexualismo. Alteração do gênero. Ausência de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização. Possibilidade. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo - cromossomas XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. Apelação Provida, por maioria. (TJRS, 7ª CC, Ap. Civ., 70065879033, Rel. Des., Liselena Schifino Robles Ribeiro, julg. 26.08.2015). No mesmo sentido, TJDF, 4ª T., Ap. Civ, 0015087-28.2013.8.07.0015, Rel. Des. Cruz Macedo, julg. 10.12.2014; TJSP, 10ª CDPriv., Ap. Civ., 0013934-31.2011.8.26.0037, julg. 23.09.2014; TJRJ, 17ª CC, Rel Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, julg. 12.03.2014 TJBA, 5ª CC, Ap. Cív., 0368330-41.2012.8.05.0001, Rel. Des. Marcia Borges Faria, julg. 22.10.2013; TJPR, 12ª CC, Ap. Cív., 0350969-5, Rel. Des. Rafael Augusto Cassetari, julg 04.07.2007.

Constituição Federal. Quanto à mudança no registro civil, esta também deve ser um direito assegurado ao transexual.

4.3. Os Barebackers

O *bareback* surgiu nos Estados Unidos, nos anos 90. É um termo utilizado para designar festas onde se praticam atos sexuais com penetração sem o uso de preservativo, tendo sido bastante difundida entre os homossexuais.

Atualmente, porém, a prática não se restringe apenas a esse grupo, sendo cada vez mais difundida entre jovens que buscam o prazer fundamentado no risco. Diz-se que quanto mais perigoso for o ato sexual, maior prazer será gerado.

Este significativo aumento do “barebacking” se deu, sobretudo, por causa do avanço da medicina no que tange o tratamento da AIDS. Após o advento do “coquetel” contra o HIV, a letalidade da doença baixou vertiginosamente, o que serviu de estímulo às pessoas que buscam o sexo perigoso por mero prazer.

Importante evidenciar que os “barebackers” são plenamente conscientes dos potenciais efeitos danosos advindos da referida prática, mas, assim como tantos outros, optam, racionalmente, por se colocarem nesta situação de perigo.

Sucedem, todavia, que a difusão desta prática vem cada vez mais se demonstrando potencialmente lesiva para a saúde pública. Não é só o número de adeptos que vem aumentando, mas também o nível de risco de tais atividades. As festas mais populares chamam-se “roleta russa” ou “bare parties”, onde entre os convidados encontram-se os denominados “bug chasers” (caçadores de vírus) - os “HIV negativos” - que se submetem ao sexo

sem preservativo, e os “gift givers” (presenteadores), os quais são os soropositivos que servem à contaminação daquele HIV antes negativo¹⁴⁶.

Pelo exposto, pode-se naturalmente concluir que a referida prática não é compartilhada pela moral social dominante. Trata-se de verdadeiro ato acrático, caracterizado primordialmente pelo prazer do risco. *A priori*, seria fácil enquadrá-lo dentro da limitação historicamente imposta pelos bons costumes, lido sob uma perspectiva paternalista, por dois motivos: (i) primeiro, pelo argumento de que tais atividades causam ou podem causar malefícios à saúde dos praticantes; (ii) e, segundo, porque elas são, de fato, um rico meio para a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis (DST’s).

Contudo, o primeiro argumento citado cai por terra, pois a saúde, vista sob o prisma Civil-Constitucional não mais significa a mera “ausência de doença”¹⁴⁷. Trata-se de uma visão reducionista, animada por um Estado excessivamente paternalista, que não é mais o caso do brasileiro. Na realidade, a saúde deve ser vista sob um enfoque singular, que prive pelas aspirações individuais de cada qual e faça do conceito um consectário da noção já trabalhada de autonomia corporal.

Cuida-se de um conceito visto por uma perspectiva dinâmica – em constante vir a ser – em que as condições de equilíbrio psicofísico da pessoa humana são ditadas justamente pela faculdade de modificar ou conservar a saúde da forma que repute mais adequada. Sob esta ótica, portanto, a construção de um modelo individual de saúde vai significar a construção da

¹⁴⁶ V. DALSENTER, Thamis. Op. cit., p. 119. KONDER, Carlos Nelson ; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit, p. 168.

¹⁴⁷ Maria Celina Bodin de Moraes, ao ampliar a ideia de integridade psicofísica, também a relaciona com o direito a saúde: “No princípio à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc. Na esfera Cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoa), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo “direito à saúde”, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., pp.93-94). V. tb. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde*, ...

própria personalidade, de modo que a limitação interna e paternalista promovida pelos bons costumes irá se mostrar inadequada, como de regra.

De outra banda, o segundo motivo deixa de ser uma limitação interna à autonomia corporal, para ser um limite externo - em defesa, portanto, da dignidade de terceiros afetados pelo ato. Nesta sede, a fundamentação acerca da constitucionalidade da atividade pede maior robustez – vez que o ônus argumentativo se torna muito mais extenso. Pode-se sustentar, contudo, que a possibilidade de dano nessa hipótese é indireta e não necessariamente vinculada¹⁴⁸ à prática do barebacking, já que ela, se muito, só irá afetar de forma direta e necessária quem é praticante. De fora desse grupo, outras infinitas concausas podem ser determinantes para a contaminação de terceiros, tais como o reuso de seringas, a prática de atos sexuais sem o uso de preservativos, dentre outros.

Por outro lado, as festas barebackers, apesar de ser um risco de lesão indireta à sociedade, podem se popularizar a tal ponto a revelar verdadeira postura predatória contra terceiros que não compartilham de tais atividades, mas que, porventura, possam vir a se relacionar com seus participantes. Afora isso, pode-se pensar na hipótese em que os serviços de saúde pública estatal não teriam como, faticamente, suportar o aumento vertiginoso do número de doenças sexualmente transmissíveis.

4.4 A lei capixaba nº 7.737/2004 e o “incentivo” à doação de sangue: subversão de valores?

Outro interessante dilema ocorreu no Espírito Santo, quando a assembleia legislativa do Estado criou lei que instituíra meia entrada para doadores de sangue em eventos esportivos de cultura e lazer que ocorressem

¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001.

em locais públicos. Tal diploma, de número 7.737/2004, foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) nº 3512, de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau¹⁴⁹.

No julgamento, datado de 15.2.2006, o STF julgou improcedente a ADIN, e, portanto, constitucional a referida lei. Segundo o entendimento do Tribunal, a despeito de o art. 199, §4º¹⁵⁰ da Constituição ter vetado qualquer tipo de comercialização de sangue, ele estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. E partindo dessa premissa, o Pretório Excelso firmou entendimento no sentido de que o ato normativo não determina recompensa financeira à doação, nem estimula a comercialização de sangue. Ao revés, apenas facilita sua coleta, de maneira a se tratar de manifestação legítima do princípio da livre iniciativa, cuja preservação está ligada diretamente ao interesse da coletividade, a revelar a constitucionalidade da norma.

Tal caso leva a seguinte reflexão: até que ponto os incentivos patrimoniais à disposição corporal podem ser considerados constitucionais? Se talvez não fosse sangue, mas um rim, em troca de remuneração, isso ensejaria uma violação à dignidade humana¹⁵¹? Necessário sempre estar reticente às hipóteses de incentivos financeiros em troca de disposição corporal, porquanto

¹⁴⁹ STF, Pleno, ADI 3512, Rel. Min. Eros Grau, julg. 15.02.2006

¹⁵⁰ **Art. 199.** A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

¹⁵¹ Caso semelhante, porém mais intenso do que o aqui retratado, aconteceu na Nicarágua: “*Plasmaferesis* era o nome do laboratório instalado na Nicarágua que coletava, mediante pagamento, o sangue de cidadãos pobres e subnutridos, além de prisioneiros e militares de baixo escalão. Com o integral apoio do governo ditatorial de Anastásio Somoza, o laboratório exportou para os Estados Unidos e Europa cerca de 300 mil frascos de sangue por ano, entre 1973 e 1977. A horrenda atividade despertou críticas do jornal de oposição, *La prensa*, cujo diretos e líder, Pedro Chamorro, acabou assassinado. O crime causou a indignação do povo nicaraguense, que tomou as ruas aos gritos de ‘somoza vampiro’! A sede do *Plasmaferesis* foi queimada e o regime ditatorial, já minado pela revolta sandinista, encontrou seu fim, obrigando o ditador a fugir do país. (SCHREIBER, Anderson. Op. Cit. p. 41)

a ótica patrimonial, além de insuficiente¹⁵², é verdadeira arma contra a tutela integral da pessoa humana.

Deve-se lembrar que a ampliação de incentivos patrimoniais pode ser um grande estimulante para a formação de verdadeiros mercados negros, onde órgãos são vendidos como mercadorias. Nunca demais frisar que o sistema é pautado por uma lógica personalista, segundo a qual os valores existenciais são fins, enquanto os patrimoniais, meios. Ao se raciocinar de forma diversa, ou seja, ao se tratar a pessoa humana como meio para uma realização econômica, está-se subvertendo a ordem do sistema e, portanto, violando frontalmente os imperativos da dignidade da pessoa humana.

Cabível argumentar, assim, que tais disposições, apesar de não permanentes, podem potencialmente violar os bons costumes, segundo o art. 13, sem que isso signifique um discurso paternalista indevido, contrário aos imperativos de Dignidade humana. Pode-se também falar em violação à solidariedade, que garante a dimensão social da autodeterminação, a salvo das práticas predatórias da lógica mercadológica.

Ao se pensar de tal forma, percebe-se que a cláusula geral de bons costumes pode funcionar como um meio eficaz para a delimitação de hipóteses flagrantemente contrárias aos fins existenciais do sistema. Promove-se, dentro de um exemplo prático, uma importante aproximação entre a ideia de bons costumes e a dignidade humana, de forma a revestir a primeira com um cunho personalista, fundamentada na proteção da pessoa.

¹⁵² Casos clássicos da insuficiência do método patrimonial para a solução de questões existenciais são os de: (i) Jonh Moore, que se submeteu a tratamento de leucemia mediante diversos procedimentos de amostras de sangue, retiradas de tecidos do corpo e do baço, sem saber que tais partes destacadas serviriam como instrumento de pesquisa destinados a patentear uma linhagem de células a partir do seu material genético. Diante disso, solicitou parte dos lucros, ao argumento de que elas seriam sua propriedade. A Corte Suprema da Califórnia, porém, acertadamente, chegou à conclusão de a linhagem de células patenteadas e os produtos delas derivados não poderiam ser propriedade de Moore, restando-lhe, somente, o ressarcimento pela quebra de confiança na relação médico-paciente. (ii) Sharon Irons, que engravidou de seu namorado, Richar Phillips, ao coletar sêmen para se inseminar da prática de sexo oral. A Corte, contudo, aceitou alegação de que teria havido doação do material genético com a transferência de propriedade do doador para a donatária. (V. TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro, Padma, v. 31, p. iii-iv, jul./set. 2007.

Desse modo, faz-se da limitação imposta pelo conceito não algo atrelada ao vazio de uma mera repressão, mas sim um instrumento de proteção do sujeito de direito.

4.5. O caso Lagartixxa: o espetáculo da autonomia corporal

Fato notório foi o caso do Catarinense Lagartixxa, que, em convenção internacional, onde se reuniram 300 tatuadores, deitou sobre uma maca e, vestido apenas com uma calça comprida, permitiu que um especialista em piercings fizesse cinco incisões em suas costas com um bisturi e lá inserisse ganchos, semelhantes aos de açougue, feitos de material cirúrgico. Pelos ganchos presos a cordas, Lagartixxa foi elevado a quatro metros do chão e lá ficou suspenso por 10 minutos com sangue correndo pelos ferimentos.

Apesar de a prática ser corriqueira em eventos desse porte -, muitas pessoas foram embora horrorizados e outros passaram mal com a cena¹⁵³. Seria razoável, nesse caso, coibir uma nova atuação de Lagartixxa, sob o argumento de violação aos bons costumes (moral constitucional), dado o risco de dano à esfera jurídica de terceiros?

Nesta hipótese, faz-se importante a seguinte análise: por um lado, não há dúvidas de que, aos olhos de Lagartixxa, tal espetáculo evidencia a expansão de sua personalidade e manifestação límpida de sua autonomia corporal. *A priori*, portanto, não deveria ser rechaçada. Como já assinalado, tratava-se de uma convenção internacional, que contava com mais de 300 tatuadores. Era um local mais do que oportuno para a manifestação corporal de pessoas que respiram tal espécie de autonomia no dia a dia do próprio labor.

Por outro lado, caso o show se desse num local público ou numa escola, v.g, onde convivem crianças de diversas idades, o prato dos bons costumes e do paternalismo certamente tenderia a pesar a balança. E, não por violar a

¹⁵³ V. KONDER, Carlos Nelson; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 167.

moral social, frise-se, mas sim por causar danos – muitas vezes de grande monta – a um sem número de pessoas que (i) ou não estão acostumadas com esse tipo de apresentação (ii) ou não estão física e moralmente preparadas para tal. Trata-se, no caso, do exercício de uma autonomia corporal voltada, mesmo que inconscientemente, para ferir a dignidade de terceiros.

4.6. A prática do arremesso de anão e o “Peep Show”

O arremesso de anão consistia num tipo de jogo, praticado em algumas casas noturnas na França, em 1991, onde um indivíduo de pequena estatura – um anão – era lançado como projétil pelos participantes, divididos em duas equipes, sendo o vencedor aquele que mais distante conseguisse lança-lo (*lancer le nain*). O trabalho do anão, que se colocava na posição de “objeto” dos frequentadores da casa, era regulado mediante contrato, o qual previa remuneração suficiente para sua sobrevivência digna. Entretanto, o prefeito de *Morsang-sur-Orge*, cidade onde se realizava tal prática, interditou o espetáculo através do seu poder de polícia, sob o fundamento de que a atividade feria a “ordem pública” e a dignidade da pessoa humana.

O caso foi parar no Tribunal de Administrativo de Versailles. Em primeira instância, o próprio anão, que pugnava pela defesa de sua autonomia privada, obteve êxito em seu pleito. Em grau recursal, porém, o Conselho de Estado Frances reformou a decisão, argumentando que a referida atividade feria a ordem pública, a qual seria um componente indissociável da dignidade humana. Até mesmo a Comissão de Direitos Humanos se manifestou sobre o caso, informando ter sido correta a decisão de proibição de lançamento de anões.

Em outro caso, na Alemanha, discutia-se a possibilidade de se conceder uma licença de funcionamento para estabelecimento onde se praticava o chamado “peep show”, no qual uma mulher, completamente sem roupas,

dançava, em uma cabine fechada, mediante remuneração, para um espectador individual que assistia a prática.

A licença de funcionamento, porém, não foi concedida administrativamente sob o argumento de que aquela atividade seria degradante para a mulher. Já segundo a casa de shows, as funcionárias estariam realizando o trabalho por livre e espontânea vontade. Logo, não havia que se falar em violação à dignidade humana.

O caso chegou até a Corte Constitucional Alemã (TCF), que deveria decidir se merecia prevalecer a autoridade da vontade da mulher, a qual estava ali voluntariamente, por escolha própria, ou a dignidade da pessoa humana, já que, segundo as autoridades alemãs, a atividade colocava a dançarina na condição de mero objeto de prazer sexual. A decisão foi no sentido de que o “peep-show” violava a dignidade da pessoa humana. O tribunal salientou, ainda, que a violação da dignidade das atrizes não restaria afastada ou justificada, mesmo nas hipóteses em que as mulheres estivessem ali por livre e espontânea vontade. Como se pode ver, ambas as decisões se pautaram em discursos de cunho paternalista.

Em primeiro lugar, deve-se assinalar que a regra é a defesa do ideal de vida digna da pessoa humana, seja ele qual for. A intervenção só se justifica quando a autonomia privada importar numa violação a direitos de terceiros ou direitos da própria pessoa que, em concreto, se revelem merecedores de tutela. Neste caso, vê-se que, dentro da ótica individual, não há violação a dignidade das requerentes, eis que elas próprias, a partir de um consentimento sem vícios, afirmam que não se sentem diminuídos pela prática de tais atividades. O fato de ali estarem voluntariamente deve ser o argumento central na defesa de tais direitos¹⁵⁴.

¹⁵⁴ “Numa análise geral, é até razoável a preocupação de proteger o cidadão de uma eventual profissão degradante. No entanto, se o próprio indivíduo recorreu da decisão, sustentando seu desejo de manter seu trabalho, pois não considerava que ferisse sua dignidade, o mais correto seria respeitar sua vontade e suas escolhas. O excesso de proteção por parte do Estado pode ocasionar a supressão do

Consignou-se, ainda, que o exercício de tais atividades põe seus praticantes em “uma posição degradante”, em uma posição “sujeito-objeto”. Contudo, deve-se observar que, nestas situações, não há que se falar em “mercantilização” da pessoa. Apesar de obterem ganhos patrimoniais através de um trabalho corporal, não sofrem verdadeira lesão corporal, definitiva, que possa basear a vedação de tais práticas.

Trata-se de atividade que, em regra, não fere a dignidade humana, pois não impede os praticantes de desistirem para buscarem outras práticas. Ao desistirem delas, não sairão dali com lesões corporais de tamanha monta, que os impeça de continuar com uma vida digna. Por esta razão, não se pode compará-las a vendas de órgãos ou de membros do corpo, que, sem dúvidas, coisificam o homem.

Por fim, uma terceira consideração deve vir à tona: a intervenção não deve se dar pelo fato dessas práticas ferirem um ideal de dignidade social ou o ideal do próprio julgador. A intervenção deverá se mostrar presente, como dito, quando prejudicar o bem-viver daquele é que alvo de tais atividades, o que, no caso, não ocorreu. Por esta razão, não se pode sustentar que o ideal de dignidade como heteronomia – externo ao sujeito e fincado sob as bases da “ordem pública” deva prevalecer nesta hipótese. Caberia, no máximo, a regulamentação das atividades por parte do Estado.

4.7. A questão dos Wannabes: limites internos à autonomia corporal?

Dentro do universo dos atos de autonomia corporal, um caso peculiar vem gerando intensos debates no âmbito do direito e da medicina. Tratam-se

subjetivismo, pois o cidadão fica impossibilitado de exercer seus direitos personalíssimos e, por conseguinte, o livre desenvolvimento de sua personalidade. Na análise do caso concreto, deve ser levada em conta sua autodeterminação e capacidade de discernimento”. (BERALDO, Anna de Moraes Salles. Op. cit., p. 17.

das questões envolvendo os Wannabes ou *amputees by choice*¹⁵⁵. São indivíduos portadores de *apotemnofilia*, (BIID *Body integrity identity disorder*), os quais vivem com a sensação diuturna de que certos membros do próprio corpo são estranhos à sua estruturação, desejando, de forma compulsiva, a amputação.

Cuida-se de sensação constante de descompasso entre a integralidade do corpo e a verdadeira identidade subjetiva do sujeito (daí o nome *wannabe* ou “queremos ser”). São casos de pessoas que, de forma improvisada, amputam o próprio braço e respondem às tratativas médicas de reimplantação, com ameaças de que irão cortar novamente. Ou ainda, casos como o de um investidor legal da Califórnia, o qual, depois de ter sido recusado em um hospital para realizar uma amputação, amarrou suas pernas com torniquetes e mergulhou-as em gelo, na esperança de que a gangrena lhe garantisse este tratamento radical¹⁵⁶.

Quanto ao argumento acerca da impossibilidade de disposição permanente do corpo, este cai por terra com comprovação de que tal disposição, na maioria das vezes, vem a adequar o bem estar físico ao psíquico, de forma a concretizar o princípio integridade psicofísica.

Porém, será que apenas essa premissa já tornaria a prática compatível com o ordenamento jurídico? Se, por um lado, após a operação, há a adequação do bem estar físico e psíquico, por outro, o dia a dia de um indivíduo que, por exemplo, tenha mutilado sua perna, revela-se algo bastante penoso.

E mais: a automutilação é um ato que, muitas vezes, terá uma repercussão social. Muitos se tornarão deficientes físicos e precisarão de um tratamento especial por parte do Estado e da sociedade, podendo fazer jus a medicamentos, tratamentos e aposentadorias especiais. A bem da verdade,

¹⁵⁵ V. mais em KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito...

¹⁵⁶ KONDER, Carlos Nelson; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., pp. 163-164

pode-se argumentar que a aceitação dos *wannabes* por parte da sociedade, abriria a possibilidade de uma oneração sem precedentes contra o Estado, devido ao inevitável aumento de pessoas portadoras de deficiências físicas.

Pode-se falar, neste caso, em doença, e, por consequência, em uma disfunção incapacitante? Se intuitivamente diz-se sim, em contrapartida deve-se lembrar de que o diagnóstico médico não pode ser a solução para todos os males. Basta lembrar que antigamente a medicina diagnosticava o homossexualismo e o transexualismo, hoje amplamente aceitos, como verdadeiras patologias.

Por essas e outras considerações, vê-se que tal hipótese põe as noções de paternalismo e autonomia corporal no fio da navalha. Portanto, não se buscou esgotar o tema, mas apenas expor a problemática concreta envolvendo o caso. Frente ao estágio atual da medicina e, talvez, da sociedade em que se vive, nota-se que há muito mais do que uma simples resposta para a situação em jogo.

Conclusões

Ao final deste trabalho, que se construiu necessariamente sob um viés analítico, chega-se agora à compilação das principais ideias desenvolvidas sobre o tema:

1. Entre o louvor à forma e o “dogmatismo sociológico” busca-se um equilíbrio, a fim de que se alcance a justaposição entre o “ser” o “dever ser”. Alcança-se tal objetivo com a unificação do sistema através dos valores abertos da constituição, que oxigenam a normativa infraconstitucional e trazem uma reformulação sobre os institutos jurídicos, em geral, e sobre o direito civil, em particular.
2. O sistema binário (fato-regra) referente à técnica subsuntiva, mostra-se insuficiente para a adequada interpretação constitucional. No que se refere à hermenêutica Civil-Constitucional, o método adequado é o da ponderação de interesses. Por meio dele, o intérprete, com base em uma análise unitária entre aplicação e interpretação da lei, qualificará o fato e, a partir disso, buscará ponderar os interesses nele contidos. Para isso, será norteado pelo princípio da proporcionalidade, que implicará concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, a fim de que consiga preservar o máximo de conteúdo de cada uma delas.
3. Evidencia-se, também, que a discricionariedade judicial é inerente a todo e qualquer processo de aplicação e interpretação das leis, tendo um campo de atuação mais ou menos amplo, a depender da maior ou menor vagueza da técnica normativa aplicável à hipótese concreta. Ela, contudo, não deve descambar para arbitrariedade, a resultar em decisões imotivadas ou teratológicas. A discricionariedade deverá ser exercida dentro dos limites e dos instrumentos de controle impostos pela moldura da normativa constitucional. Dentre os limites estão (i) a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais, de importância ímpar tanto para o

exercício do controle endoprocessual quanto para o extraprocessual; (ii) o respeito ao princípio da legalidade, lido sob uma acepção renovada; (iii) e a apreciação racional dos fatos pelo magistrado, apoiada no princípio da proporcionalidade.

4. O princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF) se apresenta como o fiel da balança, como o fim a ser perquirido pela ponderação de interesses. Trata-se do verdadeiro sustentáculo mestre do ordenamento brasileiro. Difunde-se, em quatro subprincípios, a saber: (i) igualdade; (ii) liberdade; (iii) integridade psicofísica; (iv) e solidariedade.

5. A dignidade humana confere verdadeiro “personalismo” ao direito civil, redefinindo os seus institutos, tal como a autonomia privada. Por essa razão, ela deixa de ser um fim em si mesmo e passa a assumir diversas facetas, que não se resumem, apenas, à autonomia contratual. Neste sentido, concebe-se a ideia de autonomia existencial, a qual prevê um espaço de liberdade para a emancipação dos atributos existenciais inerentes ao sujeito de direito.

6. A autonomia corporal, por sua vez, entendida como a capacidade de autodeterminação corporal, é espécie do gênero autonomia existencial. A partir da superação da visão dualista de corpo e espírito, ambos se fundiram dentro de uma concepção unitária, onde passam a se constituir como componentes indivisíveis da pessoa humana, e, portanto, dignos de igual tutela.

7. O direito ao corpo – expressão da autonomia corporal – concretiza-se dentro de uma complexidade de situações subjetivas que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo, dentre outras. Deve ser encarado como um conceito aberto, que se encontra presente dentro de um sem número de situações não previstas pelo legislador, estando limitada, apenas, pelo norte da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, tal direito pode ser objeto de ponderação quando, no caso concreto, colidir com outro valor igualmente relevante.

8. A intervenção paternalista na liberdade de ação do indivíduo se baseia em argumentos utilitaristas, que visam a promover o bem estar social e a felicidade do indivíduo coagido. O paternalismo pode ser dividido em quatro espécies: (i) paternalismo fraco; (ii) paternalismo forte; (iii) paternalismo puro; (iv) paternalismo impuro. Uma vez que o paternalismo fraco recai sobre indivíduos incapazes, ele, de maneira geral, é consensualmente aceito. Quanto às outras tipologias, não há um consenso evidente.

9. Os argumentos contrários ao paternalismo se baseiam na ideia de preponderância dos princípios da liberdade e igualdade. Firmam-se na defesa da dignidade como autonomia, que se pauta em quatro critérios essenciais, quais sejam: (i) capacidade de autodeterminação individual; (ii) defesa de condições para o exercício da autodeterminação; (iii) universalidade; (iv) inerência da dignidade ao ser humano. Fomenta-se, neste caso, o pluralismo e a autonomia privada. De outra banda, os argumentos favoráveis ao paternalismo se relacionam à ideia de dignidade como heteronomia. Neste viés, busca-se construir um ideal de vida digna sob a ótica externa ao sujeito, de acordo com padrões consolidados socialmente.

10. No tocante às situações existenciais, a liberdade e, portanto, a dignidade como autonomia possui uma proteção constitucional reforçada. Neste sentido, as liberdades individuais passam a ter um peso aprioristicamente maior do que o do paternalismo jurídico.

11. Há, ainda, parâmetros que podem ser utilizados para a ponderação de ambos os interesses no caso concreto. Dentre eles, destacam-se: (i) O princípio da não mercantilização da pessoa, extraído do art. 14 do Código Civil; (ii) o princípio do consentimento informado, que impõe ao prestador de serviços médicos um comportamento ativo no sentido de explicar ao paciente, antes da intervenção cirúrgica, todos os riscos e benefícios da cirurgia, de forma pormenorizada; (iii) A interpretação constitucionalmente adequada dos artigos 13 e 15; ajustando as expressões “exigência médica”, “integridade física”; e

“risco de vida”, á luz dos contornos erigidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, no tocante à disposição gratuita do próprio corpo para depois da morte, parece correto afirmar a vontade dos familiares fica restrita à hipótese de omissão do *de cuius* em vida.

12. A releitura do termo “bons costumes”, expresso no art. 13 do Código Civil, também se demonstra um importante fator a auxiliar a ponderação. Historicamente a noção de bons costumes foi utilizada para dar suporte jurídico ao conservadorismo e à manutenção do *status quo*, o que revelou a sua íntima ligação com a moral setORIZADA de dada sociedade. Atualmente, porém, o conceito deve ser preenchido com os valores morais internalizados pelo ordenamento jurídico, o que leva à conclusão de que, no mais alto grau, é expressão da dignidade da pessoa humana, estando a serviço da promoção e expansão da personalidade do sujeito de direito.

13. No caso dos atos acráticos, concilia-se, a partir da ponderação, a saúde pública com a autonomia privada, através da imposição de encargos obrigacionais tanto ao Estado quanto aos fornecedores de produtos e serviços, no sentido de informar aos usuários a quais riscos estão sujeitos com a sua utilização.

14. Na hipótese dos transexuais, o discurso intervencionista também não ganha força. A operação de transgenitalização é amplamente aceita atualmente, haja vista a sua plena compatibilidade com as exigências do art. 13 do Código Civil e com a Constituição. Quanto à mudança no registro civil, esta também deve ser um direito assegurado ao transexual. A compatibilização entre o seu perfil físico e psíquico só se perfaz por completo após a retificação do registro.

15. Sobre os *barebackers*, mostra-se desarrazoado o argumento fundamentado na violação à saúde dos praticantes. Trata-se de analisar o termo sob as lentes da legalidade constitucional, a qual demonstra que a concepção de saúde é formada sob o ponto de vista individual e numa perspectiva dinâmica, em constante modificação. Sob a ótica da defesa de terceiros, pode-

se argumentar, de um lado, que a prática do *barebacking* não afeta diretamente terceiros, havendo outras infinitas concausas a aumentar o número de doenças sexualmente transmissíveis (DST's). Por outro lado, pode-se sustentar que, apesar de ser um risco indireto, o crescimento vertiginoso de tais práticas naturalmente poderia atentar contra a incolumidade de terceiros bem como contra o sistema de saúde pública.

16. Após a análise do caso envolvendo a constitucionalidade da lei capixaba 7.737/2004, o alerta se faz imperioso: os “incentivos” para a disposição corporal podem revelar uma subversão dos valores do sistema, não só coisificando a pessoa humana, como também incentivando o início de um verdadeiro mercado negro de órgãos, os quais não se identificam com a construção de uma autonomia corporal vinculada à dignidade humana.

17. No que toca o dilema envolvendo o caso *lagartixxa*, parece adequado afirmar que o ato, por si só, não pode ser considerado reprovável. Todavia, fez-se interessante a análise de sua legitimidade a partir do local escolhido para a prática da atividade. Se realizado em local propício, tal como numa convenção de tatuagens e piercings, poderá ser tolerado. Se, ao revés, for realizada em locais nos quais se possa identificar uma ampla gama de pessoas despreparadas para assistir o espetáculo, o discurso intervencionista deverá prevalecer.

18. Parece que a solução mais consentânea aos ditames da dignidade humana para os casos do arremesso de anão e do *peep show* é a regulamentação – e não a proibição de tais atividades. O caminho para o ideal vida digna é singular e deve ser respeitado sob a ótica daquele que o percorre. E, além do mais, as atividades não trazem lesões permanentes à integridade dos participantes.

19. Quanto ao caso dos wannabes, procurou-se fazer uma análise expositiva do problema. Cuida-se de caso extremamente sensível, sediado em terreno movediço. De um lado, a amputação do membro, em regra, evidencia a compatibilização entre o ideal físico e psíquico do indivíduo. De outro, além

da insuficiência das conclusões médicas e da repercussão social do problema, a automutilação pode, muitas vezes, tornar o indivíduo um deficiente físico, o que, objetivamente, trará dificuldades para sua vida cotidiana.

As conclusões, acima sintetizadas, demonstram a complexidade do tema enfrentado. Como se pode ver, apesar da releitura sofrida pelos institutos tradicionais de direito civil e do desenvolvimento de variados parâmetros compartilhados em sede doutrinária, o caminho não é fácil nem cristalino. A resposta única para a multiplicidade de dilemas existenciais continua a ser (e sempre será) inexistente. A solução “ideal”, sem dúvida alguma, é uma eterna travessia em curso. Por isso, a ciência jurídica, em geral, e o direito civil, em particular, a partir das demandas atuais e porvindouras, antes de se preocuparem em congregar um arcabouço teórico que apenas dê uma resposta definitiva e objetiva para o dilema existencial em foco, devem garantir a presença, no bojo de quaisquer das possíveis soluções aventadas, um elemento em comum: o respeito à pessoa humana como medida de todas as coisas.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007. 602p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 138p.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em 20 out. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 356p.

BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em 30 jun. 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*, p. 19-63. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Ponderações constitucionais sobre a autonomia psicofísica. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan./jun.2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/ponderacoes-constitucionais-sobre-a-autonomia-psicofisica/>>. Acesso em 21 out. 2015.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Manole, 2007. 344p.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011. 175p.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Clouste Gulbenkian, 2002. 311p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2012. 1522p.

CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974. 367p.

CARVALHO, Gisele Mendes. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: Proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Ciências Penais*. São Paulo, v. 12, jan./jun.2010.

CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 392p.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 246p.

DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: interpretação do art.13 do Código Civil brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro. 2009. 161p. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito da PUC-Rio.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. *The Monist*, v. 56, n. 1, jan.1972.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 348p.

_____; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro: Padma, v.35. p. 108-109, jul./set. 2008.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 403p.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. In: *Revista dos tribunais*. Rio de Janeiro: Revista dos tribunais, v.747, p. 35-55, jan.1998.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 279p.

HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. 658p.

HUGO, Victor. *Os Miseráveis*. Tradução José Angeli. 3. ed. São Paulo: Scipione, 2011. 208p.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro, v. 15, p. 41-71, jul./set. 2003.

_____. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 279p.

_____; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dilemas de direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 436p.

_____. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*. Paraná, v. 60, n. 1, p. 193-213, jan./abr. 2015.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbnekian, 2012. 727p.

LE GOFF, Jacques; TRUONG, Nicolas. *Uma história do corpo na idade média*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. 207p.

MARTEL, Leticia. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro. 2010. 461p. Tese (Doutorado em Direito Público). Departamento de Direito da UERJ.

_____. *O paternalismo jurídico – “Que fazer”?* No prelo, gentilmente cedido pela autora.

MAZZIEIRO, João Batista. Sexualidade criminalizada: prostituição, lenocínio e outros delitos – São Paulo 1870/1920. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 18, n. 35, p. 247-285, 1998.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 336p.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós – 1988 e do constitucionalismo de hoje. In: *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 358p.

_____. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010 p. 3-20.

_____. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 33-55.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010 p. 71-120.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 121-148.

_____. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 183-206.

_____. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 237-265.

_____. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, p. 27-28, out./dez. 2013.

_____; DALSENTER, Thamís. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*. Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./out. 2014.

_____. *A utilidade dos princípios na aplicação do direito*. Disponível em: <<http://civilistica.com/utilidade-principios/>>. Acesso em 10 nov. 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual*, 1ª série, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988. 256p.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 296p.

NEVES, José Roberto de Castro. *Uma introdução ao direito civil: parte geral*. 3. ed.: Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. 240p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. 24^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 209-210

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 6 e 7, p. 63-77, 1998/1999.

_____. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 359p.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 1216p.

PROST, Antoine. Fronteiras do espaço privado. In: _____; VINCENTE, Gérard (orgs.). *História da vida privada: da primeira guerra aos nossos dias – v. 5*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 13-136.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 614p.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 220p.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 410p.

_____. A trajetória da dicotomia público/privado. In: *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 239-257, abr./jun. 2005.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5-24.

_____. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 275p.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 58, p. 75-107, abr./jun., 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista trimestral de direito civil (RTDC)*. Rio de Janeiro: Padma, v. 33, p. 5-32, jan./mar. 2008.

_____. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 407p.

_____; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN; Luiz Edson (coords). *Diálogos sobre direito civil*, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 3-24.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 3-19; abr./jun. 2001.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 790p

_____. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Rio de Janeiro: Padma, v. 31, p. iii-iv; jul./set. 2007.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 1-18.

_____. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito e justiça social*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 258.

_____. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 419, p. 1-19, jan/jun, 2014.

VALDÉS, Ernesto Garzón. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*: Universidad de Alicante. Espanha, n.5, p. 155-173, 1988.