

3

Autonomia e personalidade

3.1

Insuficiência do conceito tradicional de autonomia privada à luz da dignidade da pessoa humana.

As variadas dificuldades encontradas para estabelecer os contornos atuais do direito ao próprio corpo no ordenamento jurídico brasileiro decorrem, principalmente, da substancial alteração sofrida pelo conceito de autonomia privada. Consolidada pela produção jurídica liberal dos séculos XVIII e XIX, a autonomia, elaborada segundo uma noção de liberdade individual absoluta de cunho patrimonialista, não encontra espaço no direito civil contemporâneo. Dentre os muitos motivos de sua atual inadequação, destaca-se a influência da dignidade da pessoa humana como novo paradigma jurídico, a orientar também as relações no âmbito privado.

Embora seja relativamente recente seu reconhecimento como princípio jurídico,¹³⁰ a noção de dignidade humana como valor inerente de cada indivíduo tem origem no Cristianismo,¹³¹ 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 humano.¹³² Tratou-se, então, de uma autonomia limitada

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.225.

¹³¹ De modo diverso, a dignidade humana na Antiguidade Clássica estava atrelada à “posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma qualificação ou modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas”. SARLET, I. W., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 30.

¹³² Comum neste ponto uma crítica ao antropocentrismo da concepção kantiana da dignidade fundada essencialmente na razão. Como exemplo da pertinência desta crítica, tem-se a questão do

não só pela proibição externa de coisificação da pessoa, mas também pela determinação de que o próprio homem não pode tratar a si mesmo como objeto.¹³³ Isso significa que a dignidade humana estaria, assim, imune às ações de terceiros e de seu titular, de modo que o reconhecimento recíproco da condição de sujeito possa impor um agir considerado, racionalmente, como regra universal.¹³⁴

Os postulados kantianos consolidaram-se juridicamente com a transformação da dignidade em valor jurídico fundamental e em novo paradigma de tutela da pessoa humana, em virtude das graves crises econômicas que mitigaram a política liberal de não intervencionismo estatal e, principalmente, em razão dos esforços internacionais empreendidos para superação das consequências nefastas da Segunda Guerra Mundial.¹³⁵

A *era Hitler*, lembrada precipuamente pelas atrocidades, torturas e experimentos com seres humanos cometidos durante o regime nazista, que resultaram no extermínio de milhões de pessoas, estabeleceu-se como um marco das violações aos direitos humanos.¹³⁶ Ao cenário mundial do pós-guerra foram impostas, através da mobilização da comunidade internacional, as tarefas de

meio ambiente, pressuposto para uma vida digna, que passa a ter papel de protagonista no debate atual e que não se enquadraria no conceito de dignidade e, portanto, não mereceria a mesma proteção. Por todos ver: SARLET, I. W., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p.35.

¹³³ Sobre a evolução da noção de dignidade da pessoa humana, v. BODIN DE MORAES, M. C., *O Princípio da Dignidade Humana*. In BODIN DE MORAES, M.C., (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, p. 14.

¹³⁴ KANT, I., *Crítica da razão prática*, *passim*

¹³⁵ Em síntese de Maria Celina Bodin de Moraes: “Foi o século XX um século de importantes transformações na esfera jurídica, sobretudo no que tange à defesa da pessoa humana. Evidentemente, as pré-condições teóricas para que estas mudanças pudessem ocorrer devem ser procuradas no passado. Como se sabe, há cerca de dois mil anos o cristianismo concebeu a idéia de que todos são iguais e, porque “filhos do mesmo Pai”, deveriam considerar-se, uns aos outros, como irmãos, dotados, portanto, de igual dignidade; por outro lado, a preocupação de filósofos e teóricos com os direitos humanos existe pelo menos desde o século XVII, sendo o Manifesto Comunista documento do séc. XIX. Mas o traço distintivo do novo paradigma resulta da concreta percepção da insuficiência da teoria positivista quando da passagem do terreno das abstrações para o da práxis” (grifo nosso). BODIN DE MORAES, M. C., *Constituição e Direito Civil: Tendências*, in *Revista dos Tribunais*, pp. 47-78.

¹³⁶ 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 permitirá assenta a idéia 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, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.225.

reconstrução dos direitos humanos e de criação de sistemas referenciais de proteção da pessoa, buscando neutralizar quaisquer raízes do legado hitlerista.¹³⁷

Surgiram, assim, variados instrumentos de proteção gerais e regionais que assentaram o caráter universal da dignidade.¹³⁸ Neste sentido, uma das mais emblemáticas declarações de direitos humanos, a Declaração Universal da ONU de 1948, consigna em seu artigo 1º “*que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade*”. E desde então a idéia de dignidade inerente ao homem estará presente¹³⁹ em todos os diplomas, tratados, convenções, assim como na maioria das cartas constitucionais de Estados democráticos.¹⁴⁰

¹³⁷ Para tanto, fez-se necessário relativizar a noção de soberania absoluta, a partir da constatação da necessidade de que os sujeitos pudessem gozar de proteção no plano internacional, rompendo-se, assim, com a lógica segundo “a forma em que o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania”. PIOVESAN, F., *Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos*. In: GOMES, L. F.; PIOVESAN, F., (coord). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro*, p. 19.

¹³⁸ Esclarece Sydnei Guerra que o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderia ter sido prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos já existisse, o que motivou o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945. GUERRA, S., *A proteção internacional da pessoa humana e a consolidação do direito internacional dos direitos humanos*. *Anais do Encontro do Encontro Conpedi – Manaus*. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/sidney_guerra.pdf Acesso: 17 de janeiro de 2008.

¹³⁹ Nesse mesmo 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 Européia, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, consigna a inviolabilidade, o respeito e a proteção à dignidade do ser humano.

¹⁴⁰ Com o mesmo intuito protetivo, houve inúmeras tentativas de regulação ética e jurídica acerca dos limites do progresso científico da biomedicina e da biotecnologia que se desdobram em diversos diplomas contemporâneos sob essa influência. Assim: as Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, do Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas, de 1982; a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano com respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, de 1997. Merecem destaque, ainda, a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética (Declaração de Manzanillo de 1996, revisada em 1998); a Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997; as Resoluções nº. 196/96 e 303/00 do Conselho Nacional de Saúde, além da Lei de Biossegurança, nº. 11.105 de 2005 e suas diretrizes que englobam desde a questão dos transgênicos até a regulamentação das técnicas de reprodução assistida.

Tais elaborações foram incorporadas à teoria jurídica através das diretrizes adotadas pela Teoria Constitucional que, após a Segunda Guerra Mundial, inaugurou a construção principiológica como um dos braços fortes de um modelo de Estado Democrático de Direito¹⁴¹ alicerçado nos direitos fundamentais. Assim, dentro do novo contexto de estima aos princípios, a dignidade da pessoa humana, antes restrita às indagações de natureza ética e filosófica, passou a ocupar, definitivamente, papel central no debate jurídico contemporâneo.¹⁴²

Consequentemente, inúmeros esforços foram empenhados no sentido de conferir um conteúdo concreto à dignidade, assim como para delimitar seus limites e sua aplicabilidade. Sobre a fixação conceitual, contudo, o único consenso possível se faz acerca de sua natureza aberta. Isto porque a dignidade processa-se, além de por todos os âmbitos da vida, por todos os campos do direito. Ela informa a ordem jurídica como um todo e, assim, qualquer tentativa positiva de conceituação da dignidade jamais pode carregar a pretensão de exaurir as suas possibilidades de proteção e violação.

Há casos em que a dignidade é explicitamente desrespeitada, como o registro histórico dos regimes totalitários permite afirmar.¹⁴³ Evidentemente, é

¹⁴¹ Sobre o modelo adotado: “o Estado Democrático de Direito, tem a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare State neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”. STRECK, L. L., *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 37.

¹⁴² Acentuando a importância e a repercussão do conteúdo valorativo da dignidade humana, Cristina Queiroz assevera que não se trata de um conceito vazio de conteúdo, “não pode nem deve ser tomado como pura abstração epistemológica de fundamentação de um sistema asséptico e pretensamente neutro. Um conceito que se apresenta, simultaneamente, como norma fundamental e direito fundamental, numa palavra, como compromisso fundamental do Estado”. QUEIROZ, C., *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, p. 21.

¹⁴³ Exemplo de situação concreta de aviltamento da dignidade da pessoa está nos casos de prática de tortura: “(...) O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o do respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática (...). Ora, seja em virtude da dor física, seja em decorrência do sofrimento psicológico, a Autora foi exposta a situações extremas, para se dizer o mínimo. Negar o direito à indenização em hipóteses como as dos autos é fechar os olhos diante do óbvio, é prestigiar o ilegal, o ilícito, o clandestino, é furtar ao Judiciário o seu papel de guardião da ordem jurídica e dos valores por ela consagrados. STJ, REsp.475625/PR; Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado em 20.03.2006. No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO, PRISÃO E TORTURA POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO

possível definir em abstrato que atrocidades como aquelas cometidas durante o regime nazista alemão, por exemplo, constituem grave violação à dignidade e, portanto, não devem ser toleradas. Esta 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.

Assim, verificar e avaliar a violação em situações sutis – ou porque são efetivamente veladas ou porque demandam um juízo por demais subjetivo – só se torna possível a partir da revelação de seus contornos e nuances, somente observadas se consideradas no plano concreto, e não a partir da abstração conceitual da norma jurídica. Portanto, a definição de dignidade encontra obstáculos de diversas naturezas e nos mais variados campos do conhecimento e algumas das maiores dificuldades decorrem principalmente pela polissemia, vaguidade, porosidade do conceito.¹⁴⁴ Todavia, Maria Celina Bodin de Moraes, na tarefa de extrair o substrato material da dignidade, fornece um importante esquema teórico segundo o qual:

ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32.”, de onde se extrai: “A *violação aos* direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.”.STJ, REsp n.º 379.414/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, publicado em 17/02/2003. Finalmente, merece destaque o trecho contido no relatório do HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, julgado pelo STF e publicado em 13/08/2001, onde se *verifica* “A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ignominioso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo (...). Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual”.

¹⁴⁴ Assim prescreve SARLET: “No caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.) mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa”. SARLET, I. W., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p.60.

O substrato material da dignidade assim entendida 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 a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade.¹⁴⁵

Desta forma, a dignidade transformou-se em superprincípio¹⁴⁶ a impor proteção plena da pessoa, em todos os seus aspectos. A sua real emancipação não mais ocorre através da garantia de uma liberdade formal¹⁴⁷ de declarar vontade, mas através do que se convencionou chamar “livre desenvolvimento da personalidade”.¹⁴⁸ Sob este novo paradigma se destaca que não existe liberdade em abstrato: toda autonomia é constituída a partir da sociedade¹⁴⁹ dentro da qual o sujeito constrói a sua própria identidade, na constante convivência com o outro (a alteridade).¹⁵⁰

Por essa razão, afirma-se que a autonomia só pode ser compreendida se inserida dentro de uma perspectiva relacional entre subjetividade e intersubjetividade. Sua função não mais se dirige à segurança de uma vontade individual exercida indiscriminadamente.¹⁵¹ A autonomia, atualmente, cumpre o

¹⁴⁵ BODIN DE MORAES, M. C., *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional do dano moral*, p.85.

¹⁴⁶ Salienta-se que Canotilho estabelece uma tipologia dos princípios, a saber: os fundamentais, que são historicamente objetivados e progressivamente incorporados na experiência jurídica, cuja recepção se faça expressa ou implicitamente no texto constitucional; há os princípios políticos constitucionalmente conformadores, dos quais se pode inferir as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte; há também os princípios constitucionais impositivos, que determinam ao Estado os objetivos que deva perseguir; e finalmente há os princípios-garantia, que tem por objetivo estabelecer de forma direta uma garantia aos cidadãos. CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1118.

¹⁴⁷ Segundo Sarmento: “a consagração da liberdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vistas para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza”. SARMENTO, D., *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 26.

¹⁴⁸ As recentes aplicações do termo – que tem origem na Lei Fundamental alemã, art. 2º, I. – são descritas por CANARIS, C-W., A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, I. W., (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, pp. 223-243.

¹⁴⁹ A autonomia seria, assim, “o espaço de indeterminação que permite a inventividade, a criatividade das *personae* que actuam na cena jurídico política”. CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional*, p. 51.

¹⁵⁰ BODIN DE MORAES, M. C., *O princípio da solidariedade*, In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I. F.; FILHO, F. N.; (orgs.), *Os princípios da constituição de 1988*, p. 169.

¹⁵¹ Na síntese de Pietro Perlingieri, a autonomia privada era vista como auto-determinação, autorregulamentação, poder da vontade. Entretanto, esclarece o autor, por trás do fascínio desta fórmula estava o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas das forças mercantis. Conclui o ilustre doutrinador que se for necessário definir autonomia, deve-se considerar que esta diz

papel de guiar as relações sociais de tal modo que o reconhecimento recíproco da condição de sujeitos torne possível que a sociedade goze democraticamente de esferas autônomas de desenvolvimento pessoal.

Dessa dimensão intersubjetiva da liberdade, depreende-se a relevância da solidariedade como chave capaz de realocar o indivíduo no centro do ordenamento jurídico sem, contudo, retomar os passos anteriores que conduziram ao estatuto do indivíduo patrimonial.¹⁵² A solidariedade é concebida sob duplo viés.¹⁵³ O primeiro, da solidariedade objetiva, encontra razão e fundamento na coexistência;¹⁵⁴ enquanto o segundo, da solidariedade como valor, refere-se diretamente à lógica da reciprocidade, ou seja, de respeito à esfera jurídica alheia do mesmo modo que se respeita a própria, em consideração ao sentido de igualdade formal e material.¹⁵⁵

Decorre daí que as constituições solidaristas do pós-guerra inovaram na tutela das necessidades existenciais, conferindo garantias frente ao Estado e os demais membros da sociedade, sob a rubrica das invioláveis liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, a liberdades de crença, as liberdades civis, as liberdades políticas, dentre outras,¹⁵⁶ ao mesmo tempo em que

respeito ao poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios. PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p.p. 334 e ss.

¹⁵² FACHIN, L. E., *Teoria crítica do direito civil*, pp. 81 e ss.

¹⁵³ BODIN DE MORAES, M. C., O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, M. M., (et. al.) (org). *Os Princípios da Constituição de 1988*, p. 161.

¹⁵⁴ Sobre a solidariedade em equilíbrio com a liberdade para possibilitar a existência e a coexistência, vale ressaltar a atualidade da perspectiva rousseauiana sobre amor próprio, amor de si e pitié. Assim, esta é a ponderação que faz com que, em associação, não seja inevitável que o amor próprio tome a posição do amor de si. É a *pitié*, que pode ser traduzida como uma repugnância natural que todo indivíduo carrega ao ver ou perceber qualquer outro ser sensível em sofrimento. Esse é o freio do instinto de conservação. Quer dizer, é a chave para que não haja um estado de luta de todos contra todos, posto que o *outro* adquire relevância para o *eu*. A *pitié* seria capaz, portanto, de conduzir a uma coexistência saudável, pautada pela reciprocidade e pelo reconhecimento do outro como semelhante. Tais noções se apresentam em toda obra rousseauiana e, de forma particularmente interessante ao presente tema, em: *Emílio ou da Educação*. São Paulo: Martins Fontes, 1999; *Os devaneios de um caminhante solitário*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991 (oitava caminhada); e *Discurso Sobre as Ciências e as Artes*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁵⁵ SARMENTO, D., Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada In: PEIXINHO, M. M., (et. al.) (org). *Os Princípios da Constituição de 1988*, p. 231.

¹⁵⁶ Estão previstas, por exemplo, no amplo rol de garantias do art. 5, caput e seus incisos, da Constituição Federal de 1988.

determinaram a solidariedade como código imperativo das relações patrimoniais.¹⁵⁷

No plano jurídico nacional, a referida tendência foi consolidada na Constituição Federal de 1988, consoante os moldes constitucionais contemporâneos de absorção dos valores. Concebida sob os anseios de uma sociedade que então se abria para a transição democrática, a Carta Constitucional deu início a uma nova era humanitária, assumindo o compromisso expresso de realização e efetivação da igualdade e liberdade, sendo esta tão cara diante do regime político ditatorial anterior.

Assim, a dignidade da pessoa humana foi assentada na Magna Carta com status de um dos fundamentos da República, ao lado da cidadania, da soberania, do pluralismo político e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.¹⁵⁸ Neste contexto, a dignidade configura-se como cláusula geral de tutela e promoção da personalidade,¹⁵⁹ 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 e cultural e as necessidades físicas e psíquicas de cada sujeito.¹⁶⁰

De acordo com essa perspectiva, a transformação da dignidade humana em superprincípio¹⁶¹ revelou a insuficiência de alguns dos institutos clássicos do

¹⁵⁷ PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, pp. 17, 35- 37.

¹⁵⁸ 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

¹⁵⁹ TEPEDINO, G., *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

¹⁶⁰ Aprofundando o tema, v. BARCELLOS, A. P., *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002; BODIN DE MORAES, M. C., *O Princípio da Dignidade Humana*. In: BODIN DE MORAES, M. C., (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SARLET, I. W., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; QUEIROZ, C., *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra.

¹⁶¹ Sobre a classificação como superprincípio, Flávia Piovesan aduz que a dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro... É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto

direito privado tradicional, de modo que o conceito de autonomia privada deve ser reformulado para que a força normativa do princípio constitucional incida também sobre as relações jurídicas subjetivas que se desenvolvem no âmbito privado.

Isso porque a produção jurídica dos séculos XVIII e XIX erigiu a patrimonialidade como valor em si, assegurando à autonomia privada patrimonial o lugar de princípio fundamental,¹⁶² em um sistema onde a personalidade era tomada apenas como atributo do indivíduo patrimonial. Fundada no ideal liberal burguês, a concepção tradicional de autonomia privada funcionava como instituto capaz de garantir juridicamente um sistema econômico de circulação de bens e acumulação de riquezas a salvo das ingerências estatais.

A autonomia operava por meio da dicotomia entre o direito público – garantia de uma administração que operava sob reserva de intervenção¹⁶³ – e o direito privado – sistema onde “[...] a liberdade do sujeito consistiria justamente em reconhecer à sua vontade o poder de regular situações jurídicas especialmente patrimoniais: ela se torna liberdade econômica que postula a economia de mercado e a livre concorrência.”¹⁶⁴ Reduzida à função de garantia da liberdade negocial, a noção de autonomia esteve, assim, alicerçada na concepção jurídica da personalidade como atributo do sujeito de direito capaz de realizar livremente negócios jurídicos.¹⁶⁵

Tomada unicamente sob o viés patrimonial, o exercício da autonomia dava-se em razão e na medida da capacidade de movimentação patrimonial dos sujeitos, de modo a assegurar a base jurídica requerida pelo modelo de produção

de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno PIOVESAN, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, pp. 54 e ss.

¹⁶² Isso porque, de acordo com Gustavo Tepedino, tratava-se de “princípio absoluto e pré-jurídico, suscetível de restrições exclusivamente externas e pontuais de acordo com reserva legal.” TEPEDINO, G., *Velhos e novos mitos na teoria da interpretação*. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 28, 2006.

¹⁶³ HABERMAS, J., *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, v. 2, p. 132.

¹⁶⁴ PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p. 339.

¹⁶⁵ A figura do sujeito de direito, como abstração jurídico-formal, permitiu que autonomia, personalidade - e consequentemente a capacidade jurídica - constituíssem, nas palavras de Ana Prata, “o instrumento através do qual se viabilizava a utilização privada autônoma e não perturbada de cada fracção da terra e a troca de bens. Por isso que elas só existam quando esses bens existem, ou podem existir”. PRATA, A., *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, p.8.

capitalista:¹⁶⁶ à categoria dos proprietários era reconhecida a vontade como poder absoluto sobre as relações patrimoniais, ao mesmo tempo em que se tornava possível a venda da força de trabalho daqueles que não gozavam da propriedade tradicional, mas que, no entanto, possuíam autonomia para negociar o direito sobre si mesmos.¹⁶⁷

Tratava-se, pois, de uma liberdade ligada não à idéia de pessoa concretamente identificada, mas tão somente à construção abstrata capaz de definir a todos como sujeitos de direito e, por conseguinte, formalmente livres e igualmente possuidores de direitos e deveres. Esse quadro jurídico desprezou a pessoa em sua essência, assegurando somente a dimensão externa, os atributos necessários para o exercício de um papel social previamente definido. Assim, a personalidade jurídica buscava qualificar o sujeito de acordo com as categorias jurídicas que legitimavam a capacidade e a vontade.

O direito tornou-se cego para as singularidades que tornam o sujeito único em sua existência, a pretexto de combater qualquer tipo de tratamento desigual. Consoante a dinâmica de igualdade formal que orientou a produção jurídica burguesa, a personalidade tomada apenas como atributo e não como valor em si mesmo representava o ideal do projeto emancipatório da racionalidade iluminista. Cumpre salientar, dentre as variadas vertentes do insucesso desse projeto moderno, a inapetência da concepção jurídica da pessoa elaborada unicamente sobre as dimensões da igualdade formal e abstrata e da liberdade irrestrita. Como observam Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, o discurso predominante na construção do direito privado moderno “culminou na racionalidade que fez a dignidade da pessoa ser sobrepujada pelo patrimonialismo e pelo conceitualismo”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ A esse respeito, ver: POULANTZAS, N., *O Estado, o Poder e o Socialismo*, p. 101.

¹⁶⁷ O direito sobre si mesmo ou a propriedade originária nas palavras de Adam Smith: “A propriedade que cada homem tem no seu próprio trabalho é a fonte original de toda outra propriedade, e por isso mais sagrada e inviolável. O patrimônio de um homem pobre consiste na força e destreza das suas mãos; e impedi-lo de aplicar a sua força e destreza da maneira que ele acha mais apropriada, sem lesão do seu vizinho, é uma pura violação desta mais sagrada propriedade. É uma intromissão na justa liberdade quer do trabalhador quer daqueles que poderia estar dispostos a empregá-lo.” PRATA, A., *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, p. 9.

¹⁶⁸ FACHIN, L. E.; PIANOVSKI, C. E., *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, pp.107-119.

Nos termos colocados, o sujeito não era considerado em sua singularidade, mas, ao contrário, era igualado na letra da lei de tal forma que as variáveis que o tornavam singular eram desconhecidas e ignoradas pelo direito. O exercício autônomo da personalidade estabelecia, neste sentido, que ser pessoa significava tão somente subsumir a existência à norma, adequando-se às diretrizes estabelecidas pela ordem jurídica. E dentro do ideal jurídico burguês, marcadamente patrimonialista, o sujeito juridicamente reconhecido era aquele livre para vender, contratar, comprar e suceder, e não aquele livre para existir de acordo com a dignidade inerente a todos os homens.

Tal esquema desaguou em uma realidade de hiperindividualismo, pois a autonomia da vontade, concebida como código operativo da modernidade, tornou-se algoz da emancipação subjetiva, reificando o sujeito universal moderno nas relações intersubjetivas. O sujeito de direito não foi capaz de reconhecer o outro em condição de reciprocidade; ao contrário, assumiu uma postura predatória que lhe era assegurada juridicamente pela abstração formal da lei burguesa, na qual os valores tutelados passavam ao longe dos laços sociais de solidariedade e fraternidade, restringindo-se à vontade como alicerce de uma ordem social composta, pretensamente, de homens livres e iguais.

Sendo certo, como alerta Gisele Cittadino, que o sujeito racional solitário está morto,¹⁶⁹ vão sendo enterrados aos poucos alguns dos mais importantes postulados que se consagraram como expressões jurídicas do racionalismo moderno, quais sejam, o individualismo, o patrimonialismo e a abstração.¹⁷⁰ Assim, as transformações jurídicas ocorridas no curso do século XX impuseram a releitura da clássica autonomia para vinculá-la definitivamente à noção de proteção integral da dignidade da pessoa humana.¹⁷¹

¹⁶⁹ “É bem verdade que historicamente a ficção do sujeito independente foi utilizada, especialmente do ponto de vista da política e como via de emancipação dos indivíduos das formas de dominação tradicionais. Neste sentido, esta ficção tinha o objetivo de legitimar uma certa idéia de individualidade frente a qualquer tipo de coletivismo “natural” (...) A ficção do sujeito pré-político agora dá lugar a considerações acerca das relações que se estabelecem entre os indivíduos ...ou de outra forma à intersubjetividade. O sujeito racional solitário está morto e são os valores culturais, os mundos plurais, as diversas concepções sobre a vida digna os temas com os quais se defronta a filosofia política contemporânea.” CITTADINO, G., *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 76.

¹⁷⁰ FACHIN, L. E., *Teoria Crítica do Direito Civil*, pp. 81 e ss.

¹⁷¹ Em síntese de Maria Celina Bodin de Moraes: “Foi o século XX um século de importantes transformações na esfera jurídica, sobretudo no que tange à defesa da pessoa humana. Evidentemente, as pré-condições teóricas para que estas mudanças pudessem ocorrer devem ser

Por tais razões, a autonomia existencial manteve-se à sombra da autonomia patrimonial para o direito civil oitocentista. As alterações que foram apresentadas acima evidenciaram a insuficiência da noção clássica da autonomia para tutelar a pessoa humana, a partir de então tomada como valor máximo a ser protegido integralmente pelo Direito. Como consequência desse quadro, o direito civil contemporâneo sofreu e vem sofrendo profundas mudanças, de maneira a afirmar-se como campo onde prevalece a tutela do ser e não do ter, superando o individualismo, o patrimonialismo e o formalismo que reinavam outrora.

Passa-se, portanto, à análise da autonomia privada extrapatrimonial ou existencial, como expressão da força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas no âmbito privado.

3.2

O Direito Civil na tutela do ser: a autonomia privada existencial

O Código Civil de 1916 reproduziu o ideal do liberalismo burguês, privilegiando em suas disposições a proteção das relações jurídicas patrimoniais, com destaque para as questões relativas à propriedade e ao contrato, restando a pessoa humana em posição externa ao objeto de tutela do direito privado. Tratava-se, portanto, do mesmo sujeito patrimonial, assistido nos limites de sua capacidade para ter e negligenciado em sua potencialidade para ser.

Contudo, a opção constituinte de alçar a dignidade ao posto de um dos fundamentos da República, consoante art. 1º, III da Constituição de 1998, promoveu o giro axiológico que estabeleceu a preferência das situações existenciais sobre aquelas patrimoniais.¹⁷² É lícito afirmar, portanto, que a pessoa

procuradas no passado. Como se sabe, há cerca de dois mil anos o cristianismo concebeu a idéia de que todos são iguais e, porque “filhos do mesmo Pai”, deveriam considerar-se, uns aos outros, como irmãos, dotados, portanto, de igual dignidade; por outro lado, a preocupação de filósofos e teóricos com os direitos humanos existe pelo menos desde o século XVII, sendo o Manifesto Comunista documento do séc. XIX. *Mas o traço distintivo do novo paradigma resulta da concreta percepção da insuficiência da teoria positivista quando da passagem do terreno das abstrações para o da práxis*” (grifou-se). BODIN DE MORAES, M. C., *Constituição e Direito Civil: Tendências*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000, pp. 47-78.

¹⁷² Assim: “No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito como, por exemplo, a liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento, dentre outras, considera-se haver uma “proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da

foi definida a partir do texto constitucional democrático como o vértice da pirâmide normativa, de onde decorre que todo e qualquer campo do direito, público ou privado, patrimonial ou extrapatrimonial, deverá ser funcionalizado para que seja atingida a finalidade de proteção e promoção da pessoa humana, considerada sob a perspectiva da coexistência, e não só da existência.¹⁷³

Conclui-se daí que o direito privado não poderia continuar imune às mutações que definiram as novas funções do Direito. E as adequações foram se apresentando, paulatinamente, principalmente a partir da repersonalização ou despatrimonialização, que, de acordo com Pietro Perlingieri, representa uma tendência que coloca o personalismo, como superação do individualismo que orientou a produção jurídica liberal, em equilíbrio com o patrimonialismo, rompendo com a posição de supremacia antes ocupada por este.¹⁷⁴

Cumprе salientar que despatrimonializar¹⁷⁵ não significa esvaziar a carga valorativa da tutela dos interesses patrimoniais, mas sim de funcionalizá-la de modo que sejam asseguradas as condições materiais para o desenvolvimento da personalidade. O perfeito equilíbrio desta 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 dos interesses pessoais e sociais,

Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade”. Significa dizer que as ações humanas que envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional.” BODIN DE MORAES, M. C., *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde, mimeo*, gentilmente cedido pela autora.

¹⁷³ Na mesma esteira de pensamento, aponta Fachin que “O Direito Privado contemporâneo – e, mais especificamente, o Direito Civil – vem deixando à margem as concepções individualistas do passado, para se ocupar da proteção da dignidade humana em dimensão coexistencial. Nem por isso – vale observar – deixa de ser Direito Privado. Este, que tradicionalmente se ocupa do sujeito proprietário, construído pela abstração dos conceitos, passa a se ocupar do sujeito concreto, que vale pelo que é, sem que precise, para adquirir relevância para o Direito Privado, ser qualificado pelo “ter”. FACHIN, L. E.; PIANOVSKI, C. E., *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, pp.107-119.

¹⁷⁴ De acordo com Pietro Perlingieri, “com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se em tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”. PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, p. 33.

¹⁷⁵ Ressalta-se que, concretamente, tal perspectiva contou com uma forte reorientação hermenêutica, detalhada no terceiro capítulo, de tal forma que a nova hierarquia de valores pudesse alcançar as disposições da codificação de 1916. A interpretação dos institutos tradicionais do direito civil à luz da Constituição permitiu que as situações existenciais fossem reconsideradas como merecedoras de proteção especial.

de tal maneira que o personalismo assuma o lugar de valor fundamental de todo o ordenamento jurídico.¹⁷⁶

De acordo com a perspectiva anunciada, merece destaque o voto do Ministro Eros Grau, em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3512-6, do Estado do Espírito Santo, quando defendeu a constitucionalidade da lei capixaba que instituía a meia-entrada para doadores de sangue, em eventos esportivos de cultura e lazer que ocorressem em locais públicos, da administração direta e indireta. Assim se pronunciou o Ministro:

Vê-se, para logo, que se não pode reduzir a livre iniciativa, qual consagrada no artigo 1º, IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica (...)

(...) o conteúdo da livre iniciativa é bem mais amplo (...) ela é a expressão da liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho (...) a atuação Estatal no campo da atividade econômica pode se dar por indução no sentido de (...) levar os seus destinatários a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual (...)”¹⁷⁷

Diante da nova hierarquia de valores, operou-se, portanto, uma “transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais”.¹⁷⁸ Esta nova *divisio* representa, por sua vez, o antídoto para a antiga divisão entre o público e o privado: a necessidade de disciplinas diferenciadas com relação à tutela das liberdades, segundo seu campo de incidência, que sejam capazes de promover a existência ao mesmo tempo em que garantem a coexistência. Diante disso, como indica Pietro Perlingieri:

A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa.¹⁷⁹

¹⁷⁶ PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, pp. 121 – 122.

¹⁷⁷ ADI 3512/ES/Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 15/02/2006

¹⁷⁸ TEPEDINO, G, Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, pp. 167-175.

¹⁷⁹ PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, pp. 275-276.

A autonomia patrimonial é compreendida, desta forma, como “ato de iniciativa de ao menos uma das partes interessadas na negociação. Realização não apenas de direitos subjetivos, mas também de deveres de solidariedade e, às vezes, de obrigações legais de contratação”,¹⁸⁰ e é permeada pelo caráter hoje fundamental da intervenção estatal, assentado, pois, nos ditames constitucionais de uma ordem jurídica solidarista.

A autonomia privada existencial, por sua vez, seria o instrumento da liberdade que incide, precisamente – mas não exclusivamente –, nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial. Como observa Maria Celina Bodin de Moraes:

Do ponto de vista da garantia constitucional, portanto, o conteúdo da liberdade individual, no que se refere às decisões pessoais, é um espaço, uma possibilidade de escolha que pode se expressar em modos variados: é liberdade tanto a possibilidade de realizar tudo o que não é proibido, como a exigência de não intervenção na vida privada do indivíduo ou ainda a possibilidade de autodeterminação ou obediência a si mesmo (isto é, a seu próprio regulamento). A possibilidade de escolha precisa ser assegurada, seu conteúdo é que deve ser escolhido pelo indivíduo. É como se tratasse de um “espaço vazio” que a lei tem que garantir para que possa vir a ser preenchido individualmente.¹⁸¹

Mas para que seja possível afirmar tutelas diferenciadas de acordo com a natureza da relação jurídica, é preciso estabelecer quais critérios podem ser utilizados para distinguir a patrimonialidade da existencialidade. Tais fronteiras, porém, não são de fácil definição. Todavia, foi efetivada a opção, neste trabalho, por elencar os aspectos principais que, mesmo sem satisfazer à complexidade da questão em si, servem aos propósitos caracterizadores da autodeterminação corporal.

Ao contrário do que a terminologia pode sugerir, não há linhas que inscrevam definitivamente situações jurídicas subjetivas somente no campo

¹⁸⁰ PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p. 347.

¹⁸¹ BODIN DE MOARES, M. C., *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde*, mimeo, original gentilmente cedido pela autora.

existencial ou no campo patrimonial, fazendo jus somente às nomenclaturas adotadas. Esta dificuldade em encerrar a natureza das situações jurídicas subjetivas, longe de determinar a insuficiência de um esquema diferenciado de proteção, aponta para o rompimento da concepção prioritariamente patrimonialista das relações privadas. Em outras palavras, é preciso buscar na natureza das situações subjetivas qual dimensão é preponderante, de maneira que a configuração de funções existenciais justifiquem uma incidência normativa capaz de limitar a autonomia com objetivo de tornar concreta a dignidade.

Neste sentido, há diversos critérios que podem ser utilizados na tentativa de distinguir as situações jurídicas. Perlingieri, nesta linha, aponta para a necessidade de analisar os variados perfis que constituem as relações subjetivas, tornando possível daí extrair a exata dimensão que elas apresentam. O autor fornece esquema teórico segundo o qual é possível categorizar as referidas situações de acordo com seis perfis distintos, assim:

1. Do perfil do efeito depreende-se que há sempre um fato juridicamente relevante que origina a relação subjetiva. E neste sentido, seja o fato natural ou humano, sustenta o autor que será sempre importante “enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou princípios presentes no ordenamento, tenha um significado próprio segundo o direito”¹⁸².
2. Segundo o perfil do interesse, tem-se o interesse patrimonial, existencial, ou ainda, híbrido, individual ou coletivo, como fundamento que justifica a natureza da situação subjetiva.
3. O perfil dinâmico é definido segundo a idéia de situação subjetiva em permanente continuidade, “vista como conceito de duração que vive no seu ser uma referência contínua para a qualificação de uma pluralidade de comportamentos.”¹⁸³.
4. A quarta dimensão, perfil do exercício, está ligada à manifestação de vontade seja do titular do interesse ou daquele que o exerce.

¹⁸² PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p. 669.

¹⁸³ PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p. 670.

5. *O perfil normativo ou regulamentar* decorre do valor normativo que tornará juridicamente relevante a situação subjetiva que, sob este aspecto, constitui “uma norma de conduta que pode significar atribuição ao sujeito – no interesse próprio ou de terceiros, no interesse individual e ou social – do poder, às vezes, de realizar, outras de não realizar determinados atos ou atividades”.¹⁸⁴
6. O sexto perfil, funcional, trata de mapear a função, o desempenho efetivo das relações subjetivas dentro do contexto maior das relações sócio-jurídicas.

Mesmo que a correta qualificação da situação subjetiva advenha da confluência dos vetores apresentados,¹⁸⁵ Perlingieri elenca os perfis funcional e normativo como complementos capazes de suprir as insuficiências dos modos tradicionais de análise das situações segundo o individualismo e o patrimonialismo, isto é, capazes de tornar “a individuação das situações subjetivas mais adequadas às exigências do ordenamento atual”.¹⁸⁶

Nessa acepção, é preciso destacar que o perfil funcional¹⁸⁷ corrobora a idéia de primazia da tutela dos interesses existenciais frente aos interesses patrimoniais. Isto porque a dignidade humana, como se viu, cumpre o papel de unificar o sistema jurídico de modo que todo ordenamento jurídico seja funcionalizado¹⁸⁸ para garantir as condições ideais de livre desenvolvimento da

¹⁸⁴ PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p.672.

¹⁸⁵ Segundo perspectiva do próprio autor: “As situações jurídicas subjetivas devem ser consideradas sob diversos perfis entre eles concorrentes, os quais, unitariamente entendidos, dão a exata dimensão delas.” PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p.669.

¹⁸⁶ PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p. 669.

¹⁸⁷ Assim, o perfil funcional agrega um importante componente para a atividade hermenêutica, pois “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, pois 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 está 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, C. N., *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*, p. 32.

¹⁸⁸ Nesse sentido: “Tratar da funcionalização do contrato, assim como da funcionalização de qualquer instituto jurídico, significa em especial, reconhecer a abertura do direito civil a fontes jurídicas que se localizam para além da base do seu próprio Código e, não raro, do próprio direito. [...] A funcionalização dos institutos jurídicos interprivados preponderantes – a família, a propriedade e o contrato – é a grande chave para a abertura do sistema civil e, em consequência disso, para o desenvolvimento do processo da democratização do direito dos homens comuns”

personalidade. Assim, até mesmo as relações subjetivas que se apresentam aparentemente patrimoniais devem ser tuteladas na medida dos interesses existenciais, sejam eles individuais ou coletivos, como acontece, por exemplo, com a funcionalização da propriedade privada e sua subordinação ao interesse social.

De modo semelhante, determinados contratos se apresentam *a priori* como de natureza estritamente patrimonial sem que, contudo, seja possível descartar seus desdobramentos ou finalidades de caráter existencial. Não se discute, por exemplo, que a compra de um alimento é um ato de natureza patrimonial. O mesmo não ocorre se o alimento em questão representar o único objeto de subsistência de uma pessoa, ou seja, será apenas aparentemente patrimonial com a função primordial de sanar uma necessidade que está na seara da existência. Esta realidade permite considerar que “não faltam situações jurídicas patrimoniais que, por sua ligação estrita com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial”.¹⁸⁹

A esse respeito, consigna-se a pertinência do voto do Ministro Luiz Fux, em sede de Recurso Especial, onde resta assentado que a perspectiva apresentada goza da mesma conformação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

Com efeito, entendo que, hoje, não se pode fazer uma aplicação da legislação infraconstitucional sem passar pelos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal (...) Ademais, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não fazer o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, não o de uma pessoa que não possui 40 reais para pagar sua conta de luz, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança.

A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre patrimônio devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa!

(...) Com tais fundamentos sou radicalmente contra o corte de energia de pessoa em situação de miserabilidade. (grifou-se)

É necessário, portanto, localizar nas situações jurídicas subjetivas a função existencial, que se revela na realização do projeto de livre desenvolvimento da personalidade. Situada de acordo com a função, decorre a necessidade de que, em

NALIN, P., A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado* n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2002, p. 52.

¹⁸⁹ PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p. 760.

tais situações, a pessoa tenha o direito de autodeterminação pessoal tutelado de acordo com os ditames da dignidade humana.

Convém registrar que, ao diferenciar os tratamentos que devem ser dispensados às duas distintas vertentes da autonomia, considerando a natureza das relações jurídicas subjetivas, Perlingieri aponta a utilidade social como um denominador comum presente em ambas as concepções:

Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.¹⁹⁰

Tal assertiva não corrobora a idéia de pessoa humana como a medida de todas as coisas, justificando sua proteção, a depender da natureza dos atos de autonomia praticados, de sua utilidade social. Definir *a priori* que a construção da singularidade será livre nos limites impostos pelo interesse social significa dizer que não haverá liberdade na constituição do sujeito. A rigor, de acordo com a perspectiva do autor, o indivíduo seria livre, porém tal liberdade teria como limitação um critério que subordinaria a pessoa ao interesse coletivo.

A tese poderia estar livre de objeções caso fosse dirigida apenas às situações jurídicas subjetivas que contemplassem interesses pertinentes a esferas jurídicas distintas, cujas conseqüências vão além da pessoa, gerando efeitos diretos e indiretos na vida de terceiros e na realidade social. Ocorre, porém, que tal acepção não esgota as hipóteses de incidência da autonomia em seu viés existencial. Existem limitações que devem ser observadas em situações onde não há esferas jurídicas diversas, ou seja, não são tangenciadas diretamente por interesses de terceiros, em que a autonomia é exercida originariamente na esfera jurídica de seu titular, e, portanto, não pode ser orientada sob a lógica da vontade coletiva.

Na realidade, tal postura acarreta desrespeito aos limites que o próprio movimento de funcionalização dos institutos deve obedecer. A autonomia, que no viés patrimonial ganhou contornos bem definidos – assentando o caráter fundamental da intervenção estatal como garantia de uma ordem jurídica

¹⁹⁰ PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, p. 19.

solidarista – no viés extrapatrimonial tornar-se-ia ameaçada por um esquema valorativo focado tão somente para a garantia superficial da coexistência, vez que não seria capaz de garantir a existência. Pois, se no campo patrimonial é imperioso respeitar a instrumentalização dos institutos, é tão ou mais necessário reafirmar continuamente a proteção da pessoa em seu aspecto existencial como fim em si mesmo. E neste sentido, é oportuna a posição de Daniel Sarmiento ao criticar tal perspectiva sustentada por Perlingieri:

Supor que as liberdades humanas existenciais só são protegidas na medida em que seu exercício atender a interesses coletivos equivale, no nosso entendimento, a recair num coletivismo transpersonalista, que nada leva a sério que o homem é “a medida de todas as coisas”. [...] Cada pessoa é um fim em si mesmo, e em cada homem ou mulher pulsa toda a Humanidade! Por isso, as pessoas são titulares de direitos inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade.¹⁹¹

Nessa ordem de idéias, surge uma importante questão: diante do perfil funcional que deve ser buscado nas relações jurídicas subjetivas, qual será o espaço reservado à autodeterminação corporal, considerando o conflito interesse público *versus* interesse privado no qual ela se localiza?

Os argumentos expostos até aqui buscaram que o conceito tradicional de autonomia foi reformulado para congregar, prioritariamente, a proteção dos espaços de liberdade que dizem respeito à existência. Cuida-se, portanto, da autonomia com vistas à tutela integral da pessoa humana, assumida pela teoria civilista como fruto já anunciado movimento de repersonalização. Trata-se, então, de uma autonomia voltada para a constituição de um sujeito singular, concretamente considerado, que carece ao mesmo tempo de tutela existencial e patrimonial e que deve, por fim, ser considerado como parte fundamental de um sistema jurídico privado voltado para a realização das potencialidades humanas, através dos espaços democráticos e relacionais de direito que formam uma sociedade de valores plurais.

Sendo certo que todo ser humano é pessoa, e que não há pessoa sem corpo, torna-se imperiosa a tarefa de analisar quais espaços foram reservados à autodeterminação corporal diante das mudanças sofridas pela autonomia privada.

¹⁹¹ SARMENTO, D., *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 215.

3.3

Autonomia corporal

A autonomia corporal, entendida como a capacidade de autodeterminação da pessoa com relação ao seu próprio corpo, está inserida na seara da existencialidade ou extrapatrimonialidade, ou seja, é espécie do gênero autonomia existencial antes descrito. Contudo, ela compõe o terreno de atuação concreta da liberdade que se exprime, originariamente, na esfera de seu titular, não sendo parte necessária de uma relação entre sujeitos, mas sim do sujeito sobre si mesmo.

Como exposto no capítulo anterior, a noção de corpo-sujeito tornou-se de suma importância para a compreensão da pessoa em sua integralidade, e não mais a partir da separação entre o corpo e mente. A partir dessa reviravolta teórica, alteraram-se as verdades e junto com elas as formas jurídicas, de modo que, após importantes transformações ocorridas no século XX, o corpo-sujeito tornou-se personagem também do Direito.

Até então, somente o Código Penal abordava o corpo como bem jurídico singular, posto a salvo, contudo, somente de determinadas práticas criminosas lesivas à integridade física.¹⁹² A teoria civilista oitocentista apenas conhecia o sujeito abstrato, cujo corpo era ignorado em sua singularidade. Todavia, tal realidade foi profundamente alterada pelo movimento de repersonalização do direito civil, que tem na pessoa o núcleo central de todas as preocupações do Direito,¹⁹³ em decorrência da consagração da dignidade humana como paradigma jurídico, a orientar também as relações no âmbito privado.

¹⁹² Segundo os dispositivos do Código Penal Brasileiro:

Lesão corporal.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto:

§ 2º Se resulta:

I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto:

¹⁹³ FACHIN, L. E.; PIANOVSKI, C. E., *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, pp.107-119, p. 108.

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, e 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 cível.

Esse alargamento da tutela sobre o corpo foi consagrado pelos direitos da personalidade, inexistentes no Código Civil de 1916, presentes no Código Civil de 2002 como um rol não taxativo de hipóteses tuteláveis. Dentre elas, encontra-se a disciplina da disposição sobre o próprio corpo, positivada no artigo 13, nos seguintes termos:

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.

p. u: o ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Ainda que o detalhamento e o fundamento de tais restrições sejam objeto específico do quarto capítulo, torna-se oportuno trazer o dispositivo antecipadamente para aclarar a noção de que o corpo é tutelado, neste sentido, contra a atuação ofensiva de seu próprio titular. Importa salientar que as restrições são tomadas genericamente, a despeito da capacidade ou discernimento daquele que dispõe do próprio corpo. A capacidade do sujeito não adquire relevância porque, como se viu, a vontade não é suficientemente capaz de afastar a dignidade humana, sendo esta inerente, inafastável e irrenunciável.

Tal postura estatal acaba por deslocar o Direito de uma posição personalista para outra, diametralmente oposta, classificada como paternalista. Nas palavras de Gerald Dworkin, o paternalismo seria 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”.¹⁹⁴ Contudo, o paternalismo é gênero do

¹⁹⁴ DWORKIN, G. Paternalism. *Monist*, LVI, n. 1, junho de 1972, p. 65. *Apud* PALMER, Michel. *Problemas morais em medicina*. P. 156

qual decorrem diversas espécies, como o paternalismo médico, o paternalismo político, o paternalismo benevolente, como expressão da relação entre pais e filhos, e o paternalismo jurídico.

De modo geral, as diversas modalidades podem ser categorizadas de acordo com o fim a que se destinam: algumas delas querem afastar o sujeito despido de autonomia, temporariamente ou definitivamente, do mal que possa infringi-lo, enquanto outras têm como objetivo promover o bem que o sujeito não possui os mecanismos para reconhecer como seu melhor interesse.¹⁹⁵

A primeira modalidade, também classificada como paternalismo fraco, incide nas hipóteses em que o mal resulta da falta de escolha ou na falta de conhecimento sobre o potencial lesivo da conduta intentada. É exemplo desta intervenção paternalista 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.

Do mesmo modo, o agir paternalista comporta a movimentação que decorre da ignorância sobre o mal em potencial como, por exemplo, impedir alguém de ingerir substância que ignora ser tóxica ou venenosa. Abrange ainda a hipótese em que se julga necessário agir na dúvida sobre a voluntariedade ou não da situação, por exemplo, tirar uma pessoa da frente de um ônibus mesmo sem saber se ela deseja levar a vida a termo.¹⁹⁶

A segunda modalidade, chamada de paternalismo forte, admite a intervenção sobre a conduta quando o mal resulta de uma ação voluntária e informada. Esta espécie de paternalismo está usualmente presente nas hipóteses de fraqueza da vontade, onde o sujeito sabe que determinada ação provocará o mal, mas mesmo assim escolhe praticá-la. Ainda que essa escolha seja motivada por razões incontroláveis, certo é que o agente possui pleno conhecimento acerca dos males que ela pode acarretar.

O paternalismo forte é tradicionalmente identificado nas políticas públicas como campanhas de combate ao fumo, leis que proíbem o fumo em lugares fechados, leis que determinam índices de consumo alcoólico compatíveis com a

¹⁹⁵ PALMER, M., *Problemas morais em medicina*, p. 158.

¹⁹⁶ PALMER, M., *Problemas morais em medicina*, p. 158.

direção de veículos automotivos, leis que restringem o porte de armas, leis que impõem a vacinação obrigatória, políticas públicas que determinam o controle intenso de doenças. Em tais situações, tem-se uma intervenção estatal legitimada, de um lado, pela proteção da esfera jurídica de terceiros, ou seja, o Estado atua proibindo o fumo em lugares fechados para proteger o não fumante dos riscos do fumo passivo, proíbe a direção da pessoa alcoolizada para não trazer riscos de acidentes na via pública, o porte de armas pode ser restrito face aos perigos que elas representam para a vida de outras pessoas, a vacinação obrigatória é de suma importância para que doenças contagiosas não acarretem epidemias ou pandemias.

De outro lado, esse tipo de atuação estatal visa a conscientização da população em relação aos efeitos lesivos de tais práticas. Mas veja-se que esta consequência é buscada de modo residual, vale dizer, o fumante que não pode fumar em recintos fechados acaba fumando menos, a criança vacinada não contamina outras crianças ao mesmo tempo em que se torna imune à doença, o motorista que não pode dirigir alcoolizado não coloca a vida de outras pessoas em risco e nem a sua. De modo geral, portanto, trata-se de condutas que causam riscos ao indivíduo e à sociedade.

Frequentemente, as hipóteses que ensejam o paternalismo forte são chamadas de atos acráticos, ou seja, práticas paradoxais em relação à racionalidade. São movimentos voluntários que o sujeito opta por executar mesmo consciente dos males que podem ocorrer, a exemplo do fumante que, mesmo sabendo dos prejuízos causados pelo tabagismo, continua a fumar. Do mesmo modo, os excessos no hábito de beber e comer acarretam consequências nefastas que são consideradas pelos sujeitos, mas não afastadas, de modo que se tornam menores diante do prazer que tais práticas podem proporcionar.¹⁹⁷

¹⁹⁷ De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes: “embora o sujeito acredite que queira se livrar daquele hábito, porque sabe que faz mal – efetiva ou potencialmente – à sua saúde, ele, na realidade, não quer renunciar ao prazer que o fumo lhe traz. Escolhe então, racionalmente, o que lhe faz mal ao corpo, mas provavelmente bem à alma. Em curto prazo, na realidade, todos praticamos tais atos. Quantas vezes fazemos o que sabemos que não devemos fazer? Mas a curto prazo nenhum problema surge. Com o fumante inveterado, o alcoólatra, o obeso mórbido isso ocorre numerosas vezes por dia, ao longo de muitos anos, e a cada vez ele pode pensar que deveria fazer diversamente. Como não se dispõe, diz-se dependente do cigarro, da bebida ou da comida para viver.” BODIN DE MOARES, M. C., *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde, mimeo*, original gentilmente cedido pela autora.

Não raro, a dependência recebe o crédito pela prática de atos acráticos. A vontade se tornaria fraca diante de fatores que fogem à racionalidade. Assim, justifica-se que o tabagista continue a fumar porque o cigarro contém substâncias que geram dependência; de maneira idêntica a obesidade mórbida é explicada em razão de desequilíbrios químicos que geram a compulsão e interditam a vontade.

De outra parte, são inúmeros os atos ditos irracionais que não derivam de influências externas que causem dependência, como o fato de as Testemunhas de Jeová se recusarem a receber uma transfusão de sangue que sabem ser imprescindível à manutenção de suas vidas,¹⁹⁸ ou ainda as situações em que o paciente depende da amputação de um de seus membros para ter a vida salva, mas mesmo assim recusa-se a fazer a operação. Nestes casos, contudo, não se pode afirmar categoricamente que se trata de fraqueza de vontade. As Testemunhas de Jeová¹⁹⁹ não se recusam a viver, mas certamente possuem padrões sobre a vida

¹⁹⁸ As Testemunhas de Jeová recusam a transfusão de sangue com base numa interpretação das passagens bíblicas em que a hemoterapia seria proibida pelas Leis Divinas, sendo que a utilização dos hemoderivados já é consentida. Contudo, não raro os Tribunais se pronunciam sobre o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade de crença. Assim, é interessante a hipótese concreta apreciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, destacando-se nos argumentos referidos no Acórdão a capacidade auto-determinação do doente.: “É inegável que o objeto da irrisignação recursal envolve valores constitucionais que necessitam de avaliação prudente, sob pena de institucionalizar-se uma relação ditatorial entre o Estado e o cidadão que titulariza uma série de prerrogativas consideradas fundamentais pela Constituição da República. Com efeito, a vida humana é um bem jurídico que não pode ser desprezado e é tratado como direito fundamental, mesmo porque precede o exercício de quaisquer outros direitos, haja vista a tutela recebida no âmbito penal. Não há como deixar de reconhecer, em princípio, que associado a este bem, dele deflui a dignidade da pessoa humana, um dos valores que orientam a República (art. 1º, III). Dentro deste contexto, é preciso considerar que a recusa do agravante em submeter-se à transfusão de sangue é providência legítima desde que não esteja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários à conservação de sua vida. Aparentemente, a direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. Faço esta observação, porquanto a recepção de sangue pelo seguidor da corrente religiosa Testemunhas de Jeová o torna excluído do grupo social de seus pares e gera conflito de natureza familiar que acaba por tornar inaceitável a convivência entre seus integrantes. Cria-se, portanto, um ambiente no qual a pessoa é tida como religiosamente indigna e que não merece a necessária acolhida em seu meio, como descrito em doutrina. É necessário, portanto, que se encontre uma solução que sopesse o direito à vida e à autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, desde que se encontre em estado de lucidez que autorize concluir que sua recusa é legítima. (TJ/MG – Agravo nº 1.0701.07.191519-6/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, data de publicação: 04/09/2007.)

¹⁹⁹ Sobre o tema, ver: KAUFMANN, R. F. M., *Colisão de direitos fundamentais: direito a vida em oposição a liberdade religiosa; o caso dos pacientes testemunhas de jeová internados em hospitais públicos*. ESMape Notícias, Recife, v. 6, n. 12, p. 18-21, 2006. E, também, SÁ, F. C. L., *A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová*. Themis. Revista da

que fogem à moral tradicional: trata-se, na verdade, de uma consequência da liberdade de consciência,²⁰⁰ de modo que o sujeito se recusa ao cumprimento daquilo que se reputa tradicionalmente como razoável ou lícito, mas que são incompatíveis com as suas íntimas convicções. Neste caso específico ocorre situação em que a pessoa sente-se moralmente obrigada a não cumprir com as expectativas razoáveis por força de suas convicções de crença religiosa.²⁰¹ O paternalismo é reduzido face à garantia de direitos fundamentais como a liberdade de crença, considerada como um dos embasamentos constitucionais deste tipo de autonomia sobre o corpo.²⁰²

O exemplo da objeção de consciência²⁰³ no caso apresentado é relevante também por outras duas razões: a primeira é a intervenção do Estado na autonomia individual quando são postos em questão os limites relativos a

ESMEC, Fortaleza, v. 3, n.1, p. 323-338, 2000. Disponível em: <<http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/THEMIS-V3-N1.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2008.

²⁰⁰ Tradicionalmente, este tipo de liberdade de consciência recebe o nome de objeção de consciência, tema caro aos estudiosos do direito penal, como elemento de exclusão da culpabilidade. Neste sentido: “(...) o fato de consciência constitui a experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, cuja proteção constitucional impede sua valoração como certo e errado e, portanto, o julgamento do fato de consciência deve se reduzir à correspondência entre conduta e mandamentos morais ou religiosos da personalidade, limitados exclusivamente por outros direitos fundamentais e coletivos” SANTOS, J. C., *Direito Penal – Parte Geral*, p. 260.

²⁰¹ Nesse sentido: “a particularidade da escusa de consciência reside na irresistibilidade, para o agente individual, dos imperativos morais que segue, o que pode provocar situações de conflitos verdadeiramente existenciais, não lhe deixando margem de ação lícita, senão ao custo de significativo comprometimento de sua personalidade.” JÚNIOR, B. H., *Objeção de Consciência e Direito Penal – Justificação e Limites*, p. 118.

²⁰² A postura paternalista nesses casos é criticada fortemente por Muñoz Conde: “não creio que o problema deva sequer colocar-se quando a recusa da transfusão provenha do próprio paciente, se adulto e no pleno uso das suas faculdades mentais, pois neste caso trata-se simplesmente do exercício legítimo do direito de dispor do próprio corpo através do consentimento, que é pressuposto de qualquer tipo de intervenção médica; por isso, parece-me especialmente infeliz a prática levada a cabo em alguns hospitais espanhóis de pedir a autorização para a transfusão ao juiz de turno, quando o médico considere que é necessário e urgente para salvar a vida do paciente e este se nega a admiti-la. Especialmente preocupante é esta atitude porque, além de violar o direito fundamental à liberdade de consciência, pode violar também o direito do paciente a escolher a forma de tratamento que lhe pareça mais conveniente, já que, como o demonstram os casos de contágio de SIDA devido a transfusões de sangue, pode a recusa basear-se em critérios médicos puramente objetivos e razoáveis”. MUÑOZ CONDE, F., *A objeção de Consciência em Direito Penal*. Tradução Eduardo Maia Costa. In *Revista do Ministério Público*, número 69, 1997, p. 103.

²⁰³ Segundo José Carlos Buzanello, a objeção de consciência é uma modalidade de resistência de baixa intensidade política (negação parcial das leis) e de alta repercussão moral. O que a objeção de consciência reclama é a não-ingrência do Estado em assuntos privativos da consciência individual, que se confunde também com a dignidade humana, agora solidificada como princípio constitucional (art. 1º, III, CF). Objeção de consciência: uma questão constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, vol 38, nº 152, p. 173-182, out-dez de 2001.

terceiros, e a segunda é sobre a integridade psicofísica como conceito uno e indivisível.

De acordo com as restrições da autonomia por razões de consciência, assinala-se que independente da liberdade de escolha e das suas íntimas convicções, o sujeito não pode fazer do exercício de sua autonomia um risco à esfera jurídica de terceiros. Assim, no exemplo apresentado sobre a recusa de tratamento médico de Testemunha de Jeová, convém assinalar que a objeção de consciência²⁰⁴ da mãe não é capaz de conferir o corpo do filho como campo de sua própria autonomia, de modo que o tratamento médico deverá ser implementado, sob pena de abuso de pátrio poder.

Do mesmo modo, reconhece-se o direito de objeção de consciência de qualquer pessoa a negar a prática do aborto por motivos morais, que em sua maioria refletem convicções religiosas de respeito à vida desde sua forma embrionária que impedem a atuação do profissional. Todavia, o limite de consciência relativo à esfera de proteção jurídica alheia a do titular da objeção determina que em situações de emergência, onde há risco de vida para a gestante, ou seja, no caso do aborto necessário, a recusa à prática do aborto acarreta o crime de omissão de socorro.²⁰⁵

Com efeito, o paternalismo perde espaço para as convicções pessoais nesses casos não só por se tratarem de hipóteses de exercício da liberdade assegurados constitucionalmente, mas também porque representam situações de conflitos verdadeiramente existenciais. Nestas situações, a observância do dever jurídico de preservação da integridade física (como pressuposto necessário à continuidade da vida) significaria uma violação da ordem psíquica, de onde se conclui que esses espaços de liberdade, quando violados, são punidos com os aspectos subjetivos da própria personalidade.

²⁰⁴ De acordo com a lição de Ramón Soriano, “La objeción de conciencia es así una forma de la libertad ideológica de la persona, que consiste en la excepción justificada del cumplimiento de un deber jurídico colisionante con los dictados de la conciencia individual.”. SORIANO, R., *La Desobediencia Civil*, p 45.

²⁰⁵ Isso por força da combinação dos artigos 128 e 135 do Código Penal:

Aborto necessário: Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Omissão de socorro: Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública;

Tem-se, portanto, um importante aspecto a ser considerado: a integridade a partir de duas categorias indissociáveis do ser: o corpo e a mente. Neste sentido, como já exposto anteriormente (item 1 do segundo capítulo), a superação dos dualismos resultou numa compreensão de corpo indissociável da dimensão psíquica, de modo que também no campo jurídico a integridade deve ser tratada de acordo com esta perspectiva bidimensional: integridade psicofísica.²⁰⁶

Assim, as interdições feitas sobre a matéria corporal geram consequências inafastáveis na constituição mental ou psíquica da pessoa. Desta forma, a autonomia corporal se refere diretamente à integridade de maneira global, considerando a inseparabilidade das duas respectivas esferas. Assim, as restrições impostas à autodeterminação no tocante ao corpo devem atentar para o fato de que dentro do resguardo da dimensão física podem estar incluídas algumas objeções que se referem ao plano psíquico.

Cumprе ressaltar que do final do século passado até os dias atuais o corpo passou por outra profunda alteração: a fragmentação. O corpo não está mais separado em dois, mas decomposto em partes diversas que assumiram, na ciência contemporânea, sentido próprio. Conserva-se a unicidade na essência, mas fragmenta-se a forma e a matéria em segmentos praticamente estanques que podem ser considerados de maneira individual, sem prejuízo para o todo corporal.

No campo da medicina, as intervenções estéticas reduzem formas e medidas, alteram a constituição primária do nariz, da boca, dos olhos, dos seios, transmutando a natureza e apagando as marcas indesejadas, muitas vezes de forma irreversível. Trata-se de novas configurações corporais, fabricadas e manipuladas em consultórios e centros cirúrgicos, para atingir os novos padrões de desenvolvimento e realização pessoais. Com fins terapêuticos, os progressos da medicina, que no século passado prolongaram a vida através das máquinas que substituíam artificialmente as funções vitais, hoje suprimiram as falhas dos órgãos inservíveis com toda sorte de transplantes, até mesmo de rosto. Esses avanços

²⁰⁶ Assentando a importância da integridade dentro desta perspectiva unitária, aduz Maria Celina Bodin de Moraes que “A integridade psicofísica é um dos aspectos da dignidade humana mais tradicionalmente protegidos, a abranger desde a vedação à tortura e lesões corporais no âmbito penal até o direito ao fornecimento de medicamentos no âmbito administrativo.” BODIN DE MORAES, M. C., *Ampliando os Direitos da Personalidade*. In: VIEIRA, J. R., (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*, p. 369-388

ocorrem em uma era onde a singularidade dos corpos é atestada através do reconhecimento das potencialidades genéticas de cada indivíduo.²⁰⁷

Muito mais do que a busca por um novo nariz, seio ou boca, trata-se, na realidade, de uma alteração do eu, tanto de um corpo que se relaciona com o meio externo – uma forma de enquadramento social, portanto – quanto de um corpo expressão da singularidade – uma forma de experiência corporal eminentemente subjetiva. É, em suma, a tentativa de incorporar padrões exteriores nos quais se depositam as expectativas de transformações internas. Assim, muitas alterações na constituição física do sujeito podem ser consideradas como atuações que diminuem a integridade física, justificadas, no entanto, pelas exigências que vêm de sua dimensão psíquica.

Veja-se, por exemplo, o caso das modificações corporais²⁰⁸ que fizeram de Erik Sprague²⁰⁹ e Dennis Avner, respectivamente o homem-lagarto e o homem-tigre. As alterações na estrutura corporal original de Erik Sprague, um norte-americano de 36 anos, decorreram de mais de setecentas horas de tatuagens, implantes de chifres de teflon inseridos sob a pele das sobrancelhas, a língua partida e os dentes lixados que o fizeram celebridade no papel de artista performático, desde 1999, quando abandonou seu doutorado em Filosofia. Dennis Avner, por sua vez, norte-americano descendente de índios *huron* e *lakota*, com 50 anos, resolveu seguir de forma literal os aconselhamentos de um chefe *huron* para “seguir o caminho do tigre”. Considerando que seu nome indígena é *Stalking Cat* (“felino caçador”), Dennis tornou-se adepto da prática *bodymodification*, buscando através de inúmeras tatuagens que reproduzem a estampa da pele dos tigres, implante de fios que se assemelham aos bigodes felinos e aplicação de silicone nos lábios superiores construir sua imagem à semelhança efetiva de um tigre.

²⁰⁷ KECK, F.; RABINOW, P., *Invenção e representação do corpo genético*. In: COURTINE, J.-J., [coord] *História do corpo: as mutações do olhar. O século XX.*, p. 83

²⁰⁸ As modificações corporais compreendem uma série de atuações sobre o corpo, de matrizes diversas e não somente artísticas, aqui tomadas como produtos culturais, que se referem “a um leque imenso de práticas que inclui: tatuagem, piercings, branding, cutting, implantes subcutâneos, etc. Também são formas de modificação corporal: o bodybuilding, atividades de fitness e de wellness (...) bem como todo tipo de próteses internas e externas para potencializar ou substituir o funcionamento dos órgãos e o uso cada vez menos distante da nanotecnologia, que promete novos desenvolvimentos no interior do corpo” ORTEGA, F., *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*, p. 57.

²⁰⁹ Informações disponíveis: <http://www.thelizardman.com/> e <http://iam.bmezzine.com/?The+Lizardman>. Acesso: 02 de junho de 2009.

Em ambos os casos, a constituição tradicional do corpo humano foi transfigurada, e esta é a intenção das performances. Apesar de, nestas situações, não haver diminuição da integridade física, os exemplos servem para demonstrar como o corpo vem sendo utilizado atualmente como forma de expressão e exposição dos anseios pessoais.

Do mesmo modo, a artista francesa da linha chamada *body art*, corrente artística que explora os limites do corpo através de performances variadas, fez das suas transformações corporais o espetáculo “A reencarnação da Santa Orlan”, numa série em que ela se submeteu a nove cirurgias plásticas que foram transmitidas via satélite para diversos lugares, entre eles as principais galerias de arte da Europa.²¹⁰ Em visita ao Brasil, feita em agosto de 2008, Orlan afirmou em entrevista que seu corpo havia se tornado um espaço de reflexão, onde as cirurgias eram utilizadas para fazer um auto-retrato.²¹¹ Também Stelios Arcadiou, 62 anos, conhecido como o artista performático Stelarc, é famoso por fazer usos diferenciados de seu corpo, como implantar uma terceira orelha em seu antebraço, criada em laboratório por cientistas da Universidade Nottingham Trent, para tentar demonstrar na prática aquilo que considera seu lema: o corpo é obsoleto.²¹²

Há, também, inúmeras práticas realizadas sobre o corpo sem qualquer pretensão artística, como é o caso, por exemplo, das suspensões. São atos que jamais devem ser realizados pela pessoa sozinha, devido ao alto risco de ferimentos, choque e outras possibilidades mortais que evidenciam a disposição da integridade física por prazeres que, também gerados no plano corporal, estão ligados diretamente à realização subjetiva. Nestes atos, diversos ganchos de metal são inseridos sob a pele e ligados a um conjunto de roldanas utilizadas para erguer o corpo a 30 ou 60 cm do chão, de modo que a pessoa possa permanecer com seu corpo suspenso enquanto for capaz suportar seu próprio peso, a depender de sua vontade a duração do ato.²¹³

²¹⁰ Tais informações estão disponíveis em: <http://g1.globo.com/Noticias/PopArte/0,,MUL736383-7084,00FRANCESA+ORLAN+FALA+SOBRE+A+ARTE+DE+MODIFICAR+O+PROPRIO+CORPO+COM+CIRURGIAS.html>. Acesso:

²¹¹ Noticiado em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u437443.shtml>. Acesso: 20 de abril de 2009.

²¹² Ver: <http://www.stelarc.va.com.au/arcx.html> Acesso: 15 de abril de 2009.

²¹³ Dados encontrados na Wikipedia: http://pt.wikipedia.org/wiki/Suspens%C3%A3o_corporal.

De modo geral, tais exemplos constituem práticas corporais em que a aparência se torna ao mesmo tempo a essência e, desta forma, o corpo se revela como um fecundo cenário para a construção de identidades e subjetividades na atualidade, como elemento central para a experiência do eu. Os casos de modificação corporal são particularmente interessantes porque não partem necessariamente de psicopatologias como as mutilações corporais podem ser consideradas, mas ao contrário podem significar um movimento de resistência individual aos disciplinamentos que insistem em identificar os padrões aceitáveis como o corpo natural.²¹⁴ Neste sentido, o corpo assume a autorreflexidade, tornando definitivamente obsoleta não só a clássica separação entre mente e corpo, como também a dicotomia entre exterioridade e interioridade, de modo a se inscrever nos já mencionados espaços relacionais que fazem com que o sujeito se constitua com e a partir do outro.

Nas situações de modificação corporal voluntária aqui apresentadas, não se trata de atos de vontade fraca, mas sim de uma disposição corporal calcada na aptidão para congregar da melhor maneira possível suas esferas física e psíquica, ainda que essa tarefa implique uma redução concreta da primeira para satisfazer aos anseios da segunda, à semelhança do que ocorre na objeção de consciência. Conclui-se daí que o paternalismo como atuação que promove o bem-estar, seja incentivando o bem ou evitando o mal, é incapaz de explicar razoavelmente quais as situações em que a intervenção sobre a autonomia individual é legítima, bem como de tornar claro quais são as pessoas que devem ter suprimido tal direito. Isto porque o paternalismo forte promove intervenções sobre a autonomia sem levar em conta a avaliação subjetiva e objetiva que cada sujeito é capaz de fazer sobre suas próprias condutas e as consequências que deverá suportar.²¹⁵

²¹⁴ Cf. ORTEGA, F., *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*, p. 57.

²¹⁵ É oportuna a observação de Maria Celina Bodin de Moraes: “Ordenamentos de tipo paternalista só são compatíveis com sociedades infantilizadas, tidas como irresponsáveis, ignorantes e inconseqüentes, às quais em regra tudo deve ser proibido, ou regulado, podendo-se fazer apenas o que é expressamente permitido – princípio este que é próprio dos sistemas fascistas e, portanto, incompatível com sistemas democráticos. 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.” BODIN DE MORAES, M. C., *Ampliando os Direitos da Personalidade*. In: VIEIRA, J. R., (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*, p. 369-388

Sob este prisma, as modificações corporais poderiam ser definidas *a priori* como contrárias aos mandamentos jurídicos, da mesma maneira que a objeção de consciência não seria apta a afastar a integridade física em nome das razões existenciais implicadas. Certamente, o primeiro grupo de práticas promove uma releitura sobre os limites que nos constituem aparentemente humanos, sendo as razões determinantes para a realização da modificação corporal tão questionáveis quanto as consequências de tais atos. De maneira semelhante, uma visão externa à compartilhada pelas Testemunhas de Jeová é facilmente tomada pela perplexidade de escolhas que fogem ao natural desejo de perseverar na existência que comumente levam à afirmação de que a vida é o bem mais valioso e inviolável, sobre o qual nem mesmo a própria pessoa pode ponderar.

A esse respeito, há aspectos importantes que devem ser problematizados, como a amplitude da tutela jurídica dos valores que orientam o agir individual. Não há como sustentar que todo e qualquer valor deve ser considerado como digno de proteção pelo Direito, mesmo – e principalmente – dentro de uma sociedade alicerçada em um modelo de democracia pluralista. Assim, a legitimidade jurídica das convicções íntimas estará atrelada ao reconhecimento que a Constituição é capaz de fazer sobre esse conteúdo valorativo. Com efeito, trata-se de um campo de fortes controvérsias, sobre o qual convém abordar nesta parte do trabalho apenas o necessário para estabelecer os limites intransponíveis traçados no texto constitucional para que a autonomia seja abordada no próximo capítulo com algumas noções já aclaradas.

A primeira delas se refere à capacidade que o sujeito possui para tornar válida a sua vontade, ou seja, cuida-se da aptidão jurídica para exercer em nome próprio os atos de autonomia relativos ao corpo. Já a segunda noção está presente na impossibilidade de, ainda que o sujeito seja capaz para realizar os atos da vida civil, investir o corpo de uma dimensão mercantilizada, ou em outras palavras, ainda que o querer seja juridicamente válido não poderá o sujeito tratá-lo como coisa, como algo que tem preço.

Assim, a capacidade é a regra geral da qual a incapacidade é a exceção.²¹⁶ A capacidade está intimamente ligada ao discernimento, ou seja, à possibilidade

²¹⁶ Assim: “O ordenamento jurídico predetermina que os portadores de certas deficiências e enfermidades, que afetam a consciência do sujeito, e os menores de dezesseis anos são pessoas

de entender e de querer. Com efeito, o discernimento é concebido em escalas, de modo que aquele que o possui por completo será capaz, enquanto aquele que tem o discernimento reduzido será relativamente incapaz e aquele completamente desprovido de discernimento será absolutamente incapaz.²¹⁷

Deste modo, por exemplo, aqueles que sofrem de debilidade mental grave não possuem discernimento para definir os rumos da sua própria vida, nem tampouco podem assumir a responsabilidade das suas decisões. Nestes casos, cumpre ao direito a tarefa de proteger o ser humano de sua própria incapacidade, uma vez que lhe falta a aptidão para assimilar e avaliar as informações necessárias. Como observa Maria Celina Bodin de Moraes:

O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. Como seres racionais, a não ser por circunstâncias excepcionais – tais como as mencionadas –, somos “capazes” de raciocinar, refletir, decidir, enfim, de fazer nossas próprias escolhas. Quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos²¹⁸

A capacidade está ligada a outra noção de igual importância: a responsabilidade. Isto significa que a pessoa capaz de discernir será responsável pelas suas escolhas, devendo suportar e assumir as consequências negativas que porventura venham a ocorrer.²¹⁹ Desta forma, os sujeitos privados de capacidade

que não tem discernimento, mesmo que no caso concreto tenha ocorrido diversamente, e que precisam ser tuteladas por outros. Algumas pessoas têm o discernimento reduzido e são consideradas pela lei como ‘relativamente incapazes’, isto é, são incapazes apenas relativamente a certos atos da vida civil, mas não a todos eles. Como, em tais hipóteses, a liberdade individual está sendo restringida, todas as hipóteses de incapacidade são excepcionais e previstas taxativamente em lei.” BODIN DE MOARES, M. C., *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde, mimeo*, gentilmente cedido pela autora.

²¹⁷ Conforme disposto no Código Civil de 2002:

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

²¹⁸ BODIN DE MOARES, M. C., *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde, mimeo*, gentilmente cedido pela autora.

²¹⁹ Determinadas condições do indivíduo podem ser consideradas, para o Direito Penal, doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Nessas situações o agente não possui a capacidade de compreender o injusto do fato, ou de agir conforme essa compreensão. A total ausência, no momento do fato, tanto da capacidade de compreensão, quanto do agir conforme esta compreensão, faz com que o agente seja considerado absolutamente incapaz. Na responsabilidade

não serão responsabilizados diretamente pelos danos oriundos de seus atos, que deverão ser imputados à figura do curador. Ao que interessa diretamente ao tema em questão, importa salientar que todo agente capaz de discernir será responsável pelos seus atos e, deste modo, sua manifestação de vontade será legítima e salvaguardada pelo direito, nos limites de sua esfera de atuação.

A capacidade tratada pelo código civil é de viés puramente subjetivo, ou seja, o discernimento do sujeito para realizar por si próprio os atos da vida civil e, conseqüentemente, ser responsável pelas conseqüências que deles se originam. Neste sentido, as limitações à autodeterminação corporal devem observar também a aptidão da pessoa para definir as diretrizes relativas ao corpo como uma das esferas mais íntimas da subjetividade. Assim, as vedações que têm como base uma imaturidade genérica para gerir tais espaços de liberdade inscrevem-se sob a rubrica de mecanismos paternalistas implementados de forma abstrata e universal pelo legislador ordinário, como acontece no caso do Código Civil.

Todavia, há situações em que a vontade do sujeito capaz não só é insuficiente para constituir o exercício da autodeterminação corporal, como deve ser afastada, sob todas as hipóteses, dos regimes das liberdades individuais juridicamente tuteladas. É o caso, por exemplo, da mercantilização do corpo ou de partes dele, seja com o objetivo flagrante de obter lucro com a prática comercial, seja com a utilização do corpo para garantia do próprio sustento. Em tais casos, as formas de intervencionismo estatal não são tomadas pelas características negativas tradicionalmente imputadas ao paternalismo jurídico, mas ao contrário, devem ser reverenciadas como mecanismos de garantia para a efetivação da autonomia existencial.

Observe-se que nessas situações, a capacidade do sujeito é aspecto absolutamente irrelevante, pois o limite legítimo à autodeterminação se dá não só pela natureza *res extra commercium* do corpo humano, mas principalmente pelos

penal, a incapacidade como causa de exclusão da imputabilidade é de indispensável comprovação, no caso concreto, da impossibilidade de compreensão e de autodeterminação do agente. Assim: “É preciso que se comprove que essa *inimputabilidade*, no caso concreto, é a causa de absolvição, ou seja, que a inimputabilidade é o fundamento da absolvição. (...) será preciso que a absolvição decorra exclusivamente da inimputabilidade do agente, e não de uma causa justificante ou exculpante de outra natureza.” BITENCOURT, C. R., *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 314. Há, ainda, outras causas biológicas que podem excluir a capacidade de culpabilidade, como a embriaguez completa e acidental (art. 28, II, § 1.º, CP) e também a embriaguez patológica, que, por assemelhar-se à psicose, deve ser tratada juridicamente como doença mental (art. 26, *caput*, CP).

imperativos de solidariedade que garantem sua dimensão social a salvo das práticas predatórias de mercado. Assim, como observa Stefano Rodotà:

Rechaçar o paternalismo do legislador, afirmando que ele não deveria substituir-se à vontade de quem decide vender um rim para buscar melhores condições de vida para si ou para outros, significa encarcerar ainda mais ferozmente cada um nas dificuldades da própria existência, sem esperança de resgate além daquela que o obriga a perder, junto com partes do corpo, o respeito a si mesmo, em uma situação de total abandono social.²²⁰

A solidariedade²²¹ constitui uma importante fronteira à autodeterminação corporal, ainda mais quando a projeção social do corpo se dá nas sociedades contemporâneas, com mecanismos de poder que se relacionam através de uma lógica empresarial, própria das sociedades de controle (capítulo II). Portanto, as mutações das técnicas disciplinares e das biopolíticas no capitalismo pós-industrial revelam que cabe ao Direito instituir os obstáculos essenciais para que a sociabilidade não se converta em tendência de expropriação ou apropriação²²² do corpo a caminho de uma forma de canibalismo como código operativo das relações intersubjetivas.

Nas sociedades de controle, como se viu, as relações intersubjetivas são envolvidas nas teias de um sistema empresarial de gestão social. As tecnologias que conquistaram os espaços antes reservados às máquinas desenvolvem-se em altíssima velocidade no campo das pesquisas científicas na área médica, de modo que o organismo biológico constitui, atualmente, um material que, uma vez tornado bem, seria a moeda mais valiosa do modelo social contemporâneo. Isso porque, dentre outras razões, a evolução das técnicas de transplantes e enxertos e

²²⁰ RODOTÀ, S., *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, p. 96. Tradução livre do original: “Respingiere il paternalismo del legislatore, che non dovrebbe sostituirsi alla volontà di chi decide di vendere un rene per procurare migliori condizioni di vita a sé o ad altri, significa imprigionare ancor più ferocemente ciascuno nelle difficoltà della propria esistenza, senza speranza di riscatto che non sia quella che lo obbliga a perdere, insieme a parti del corpo, il rispetto di sé, in una situazione di totale abbandono sociale”

²²¹ Maria Celina Bodin de Moraes esclarece que a solidariedade objetiva decorre da necessidade imprescindível da coexistência e a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum. Além destes sentidos, a solidariedade também tem significado de virtude ético-teológico e de necessidade pragmática para que possa ser obtido um resultado prático favorável a quem atue de forma solidária. Em resumo, aponta a professora, que solidariedade assume vários contornos quer como um fato social, quer como virtude ética, ou como resultado de uma escolha pessoal que pode ser movida pela boa-fé, ou por motivos pragmáticos, sendo que do ponto de vista jurídico a solidariedade está inscrita em princípio constitucional moldado para que todos alcancem o objetivo de igual dignidade social. BODIN DE MORAES, M. C., *O Princípio da Solidariedade* In: PEIXINHO, M. M., (et. al.) (org). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª ed., 2006, p. 167.

²²² RODOTÀ, S., *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, p. 96

dos medicamentos que combatem a rejeição dos órgãos transplantados fizeram do comércio de órgãos uma alternativa ilícita para as longas filas de espera das doações de alta lucratividade. A razão disso é que essa relação se desenvolve a partir de um comprador de alto poder aquisitivo disposto a pagar qualquer preço pela sua vida e de um fornecedor miserável disposto a vender um rim para preencher o vazio do seu estômago.

Nesse particular, foi realizada audiência pública, em maio de 2007 sobre Tráfico de Órgãos na Amazônia, requerida pelas Comissões da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional e de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, onde foi revelado que o tráfico de órgãos humanos²²³ é a terceira modalidade de crime organizado que mais cresce no mundo, inclusive no Brasil, perdendo apenas para o de armas e entorpecentes²²⁴.

Desta forma, a lógica de consumo aliada aos avanços da biomedicina e da biotecnologia traz a solidariedade como um dos mais importantes limites à autonomia corporal em nome da realização efetiva ou material da liberdade. Assim é que, em relação ao ordenamento jurídico pátrio, Maria Celina Bodin de Moraes acentua a inovação paradigmática trazida pela incorporação do princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988 em seu art. 3º, I, com vistas ao estabelecimento de uma sociedade livre justa e solidária, ou seja, pela primeira

²²³ Enquanto no Brasil o tráfico de órgãos ficou conhecido como uma espécie de lenda urbana, sem maiores comprovações (como aliás, insistem as autoridades públicas sobre as denúncias desta prática na Amazônia), as organizações internacionais vêm tentando combatê-lo, tanto pela via de recomendações preventivas, como pela via repressiva através de denúncias encaminhadas à OEA. Assim também a Organização Mundial da Saúde - OMS emitiu, em 1989, a Resolução WHA42.5, adotada pela 42ª Assembléia Mundial da Saúde, abordando a prevenção da compra e venda de órgãos humanos, seguida pela Resolução WHA44.25, em 1991, aprovando uma série de princípios voltados a doação voluntária, a não comercialização de órgãos, a preferência pela doação de cadáveres à doação por pessoas vivas, e a preferência pela doação de geneticamente aparentado à doação por não-aparentados. No plano jurídico, resta ao Brasil adaptar a legislação para prevenção e punição dessa modalidade criminosa, de acordo com o Protocolo de Palermo (2000) que visa a coibir não só a ação do traficante, mas também do agenciador e do comprador. Informações extraídas do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito para investigação do tráfico de órgãos humanos no Brasil, disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpiorgao/relatoriofinal.pdf>

²²⁴ Informações disponíveis no site: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/caindr/audiencias/trafico-de-orgaos-e-terceiro-crime-mais-lucrativo-segundo-policia-federal>.

vez se considerou juridicamente a solidariedade fora do âmbito do direito obrigacional:²²⁵

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros da sociedade.²²⁶

Os exemplos históricos demonstram que a dimensão corporal da solidariedade foi sobremaneira festejada a partir das inovações médicas que possibilitaram, por exemplo, a transfusão de sangue como instrumento de solidário nas relações entre os corpos e os sujeitos, do mesmo modo que os transplantes e a doação de sangue gratuita e desinteressada. O sociólogo Richard Tittmus chegou até mesmo celebrar, em ensaio de 1971 chamado *The gift relationship*, “na transfusão de sangue um caráter democrático e progressista de uma sociedade.”²²⁷

O ordenamento jurídico brasileiro proíbe o comércio de órgãos, conforme disposto no art. 199, § 4º, da Constituição Federal de 1988, onde se lê que “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.” Do mesmo modo, o art. 14 da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001 proíbe a comercialização da coleta,

²²⁵ Nesse âmbito, consagrou-se na teoria civilista contemporânea a solidariedade contratual como a conjugação entre os princípios da liberdade contratual e da solidariedade social, cuja efetivação, de acordo Paulo Nalin, “se dá por meio das técnicas de não inclusão de cláusulas contratuais abusivas nos instrumentos do contrato; exigência de esforço desnecessário por parte do credor diante do devedor da obrigação; insistência de pagamento imutável, em obrigações pecuniárias, especialmente em contratos de longa duração, apesar da modificação da situação fática, etc. Conduta contrária pode ser entendida para além da tutela constitucional da liberdade contratual”. NALIN, P., *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 184.

²²⁶ BODIN DE MORAES, M. C., *O Princípio da Solidariedade* In: PEIXINHO, M. M., (et. al.) (org). *Os Princípios da Constituição de 1988*, p. 158-159.

²²⁷ MOULIN, A. M., *O corpo diante da medicina*. In: COURTINE, J-J., [org] *História do corpo: as mutações do olhar. O século XX, passim*.

processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados; permitindo-se, entretanto, a remuneração dos custos dos insumos, reagentes, materiais descartáveis e da mão-de-obra especializada, inclusive honorários médicos, na forma do regulamento desta Lei e das Normas Técnicas do Ministério da Saúde.

Nesse mesmo sentido, remete-se ao importante trecho do voto da Ministra na Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada improcedente em 29 de maio de 2008, sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, cujo inciso 3º veda a comercialização do material biológico e o *caput* condiciona sua utilização para fins terapêuticos ou científicos:²²⁸

A fragmentação do corpo humano, a venda de órgãos, ou, de maneira mais geral, a comercialização do corpo humano esquartejado em vida e dissecado como se fossem objetos soltos de um quadro e que, em certos casos, pode não trazer mal imediato e direto à saúde do comerciante de si mesmo, pode agradar ao negociador do laboratório e permitir o uso que até mesmo beneficie uma outra pessoa, mas agride, fragorosamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo ser aceita, menos ainda deixada ao exclusivo cuidado particular (ou de particulares). Desconhecer que o negócio de embriões, a sua venda, a concepção para o uso posterior de embriões, indesejados como seres em fase de formação, buscados apenas como bem a ser manipulado para fins cumpríveis por laboratórios, é desatender as funções primárias dos Estados e das sociedades de proteger o princípio da dignidade humana, que não se pode render a lucros materiais ou imateriais dos pesquisadores ou médicos encarregados dos procedimentos.”²²⁹

Note-se que as experiências corporais solidárias assumiram, portanto, uma intensa função agregadora do espaço social. Os doadores anônimos de sangue e

²²⁸ Art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

²²⁹ STF/ ADI nº 3510, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, julgamento em 29 de maio de 2005.

de medula óssea²³⁰ retratam fielmente os laços comunitários que podem ser estabelecidos pela lógica da reciprocidade, do mesmo modo que a doação de órgãos *post mortem* revela uma compreensão do corpo essencialmente voltada para uma transmissão existencial, como um legado biológico fraterno, para fins altruísticos ou científicos.²³¹

As relações sociais, nessa lógica, são reforçadas pelos programas e campanhas governamentais da grande maioria de países ocidentais, como grandes e importantes instrumentos de laços comunitários essenciais às diretrizes de saúde pública. De maneira idêntica, é crescente também o número de pessoas que doam integralmente os cadáveres para fins científicos em pesquisas realizadas por universidades brasileiras, superando a reverência cultural que tradicionalmente reveste os rituais de culto aos corpos mortos.²³²

Diante do exposto, verifica-se que liberdade e solidariedade representam os dois lados constitutivos da autonomia corporal. Ambos, contudo, fundamentam e ao mesmo tempo limitam a concreta disposição sobre o corpo. Trata-se de princípios que orientam a autonomia no sentido de inscrevê-la para além da dimensão unicamente individual, sem esvaziá-la a partir de uma perspectiva puramente coletivista. A abordagem focada nas questões da liberdade, problematizadas sob o enfoque do paternalismo e da capacidade, é complementada pelas diretrizes solidárias concretamente consideradas na proibição de comércio do corpo ou de partes dele, a despeito da manifestação de vontade legítima do sujeito.

Isto posto, passa-se a análise das possibilidades interpretativas do artigo 13 do Código Civil de acordo com a legalidade constitucional.

²³⁰ Assim: <http://www.jornalcomunicacao.ufpr.br/node/2598>. Último acesso: 25 de janeiro de 2009.

²³¹ De acordo com o Código Civil de 2002:

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.

E, ainda, Lei de Transplantes, 9.434 de 1997, alterada pela Lei. 10.211 de 2001.

²³² Como se verifica na reportagem disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,cresce-interesse-na-doacao-de-corpos-para-pesquisas,289527,0.htm>. Último acesso: 25 de maio de 2009.