

Interpretação do artigo 13 do Código Civil à luz da Constituição Federal de 1988.

A livre construção da personalidade é fórmula que não implica a definição de uma área reservada às escolhas individuais privada de qualquer relação com a regra jurídica. Implica na verdade um instrumento que torna possível a busca autônoma por uma política de identidade pessoal.²³³

Stefano Rodotà

4.1

(In) disponibilidade e autonomia: o corpo como direito da personalidade no Código Civil.

A tutela da personalidade foi incorporada no Código Civil de 2002 através da enunciação de um rol não taxativo de hipóteses de “direitos da personalidade”, listados nos artigos 11 a 21.²³⁴ Esta forma de proteção da personalidade, todavia, sofre inúmeras críticas.

²³³ Tradução livre do original: “La libera costruzione della personalità è formula che non implica la definizione di un'area riservata alle scelte individuali priva di ogni rapporto con la regola giuridica. Individua piuttosto uno strumento che rende possibile l'autonomo perseguimento di una politica dell'identità personale.” RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, p. 22.

²³⁴ A tutela da personalidade, positivada no ordenamento jurídico brasileiro, responde aos imperativos da generalidade e da extrapatrimonialidade, bem como da inalienabilidade, da imprescritibilidade e da intransmissibilidade. Sobre tais características, torna-se oportuna a síntese: “A generalidade significa que esses direitos são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo só fato de ser. Por isso mesmo alguns autores os consideram como inatos, terminologia que, todavia, mostra-se por vezes dúbia, já que, como se verá adiante, suscita a conotação jusnaturalista, adotada por alguns autores, no sentido de que tais direitos preexistiriam à ordem jurídica, independentemente, portanto, do dado normativo. A extrapatrimonialidade consistiria na insuscetibilidade de uma avaliação econômica desses direitos, ainda que a sua lesão gere reflexos econômicos. São absolutos, já que oponíveis erga omnes, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los. A indisponibilidade retira do seu titular a possibilidade de deles dispor, tornando-os também irrenunciáveis e impenhoráveis; e a imprescindibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade, com o passar do tempo, pudesse convalescer, com o perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora. Finalmente, a intransmissibilidade constitui característico controvertido, estando a significar que se extinguiria com a morte do titular, em decorrência do

Em primeiro lugar, como se buscou demonstrar até aqui, a noção de singularidade não suporta categorizações estanques, uma vez que representa o modo único pelo qual o indivíduo é capaz de se desenvolver a partir das experiências com os outros sujeitos e com o ambiente no qual se insere. Definir *a priori* todas as hipóteses em que a personalidade poderá ser tutelada é tarefa fadada ao fracasso. Isso porque, dentre outras razões, não se pode ignorar que as disciplinas jurídicas estabelecidas pelas normas positivadas são naturalmente genéricas, abstratas e estáticas, enquanto a personalidade é processo constitutivo de fluxo contínuo, essencialmente dinâmico, por estar sempre influenciando e sendo influenciada pelas trocas entre os sujeitos de um mesmo grupo social.

Em segundo lugar, considerar a personalidade como singularidade significa, por seu turno, a quebra das clássicas dicotomias – principalmente sujeito/objeto e sujeito/natureza – que sustentaram o discurso moderno do dualismo indivíduo e sociedade. Do mesmo modo, esta perspectiva rompe com a lógica bifocal que restou consagrada na construção dogmática do direito civil tradicional, especialmente na determinação de categorias essencialmente patrimoniais e insuficientes para as tutelas existenciais, como é o caso dos direitos subjetivos.

A esse respeito, é oportuno salientar que a noção de direito subjetivo pressupõe uma dualidade entre sujeito e objeto, de maneira que esta categoria jurídica é usualmente empregada na tutela das relações patrimoniais. Tradicionalmente, os direitos subjetivos servem, portanto, à tutela do ter, na qual se admite a relação de domínio entre o titular e o objeto, sendo inadequados à tutela do ser, onde a pessoa unificada não pode ser concebida através de fragmentações e binarismos.

Nesse sentido, questiona-se sobre ser ou ter um corpo. Isso porque, de acordo com a lógica patrimonialista que sustenta a construção jurídica dos direitos subjetivos, não estaria claro de que modo a pessoa poderia ser, a um só tempo, sujeito e objeto de direitos, pelo que se torna ainda mais obscura a reflexão sobre o chamado direito ao próprio corpo.

seu caráter personalíssimo, ainda que muitos interesses relacionados à personalidade mantenham-se tutelados mesmo após a morte do titular.” TEPEDINO, G., “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, in *Temas de Direito Civil*, p.36

Há ainda outra questão a ser considerada. De acordo com concepções atomísticas acerca da tutela da personalidade,²³⁵ entram em confronto as teorias monista e pluralista, que sustentam respectivamente, de um lado, a existência de um único direito da personalidade, e de outro lado, a multiplicidade de direitos da personalidade. Não obstante, ambas as correntes são orientadas pela idéia geral de que a tutela da personalidade seria restrita às hipóteses de lesão ou ameaça de direito, concebidas como modalidades de direitos subjetivos ou ajustadas como situação jurídica-tipo.²³⁶

Nessa ordem de idéias, o direito subjetivo pressupõe, ainda, a existência de um dever jurídico correlato, que, uma vez descumprido, gera para o seu titular a pretensão legítima de satisfazer seus interesses coercitivamente. Assim é que os direitos subjetivos operam por meio de técnicas ressarcitórias e repressivas,²³⁷ segundo o binômio lesão-sanção,²³⁸ próprio, portanto, ao sistema de proteção patrimonial, mas insuficiente, repisa-se, para as situações subjetivas extrapatrimoniais.

No entanto, a dignidade humana como fundamento da tutela da pessoa impôs que a mesma compreensão flexível exigida pelo princípio constitucional se tornasse método de interpretação empregado também nas demandas jurídicas da personalidade.²³⁹ Desta forma, a personalidade não pode ser tomada através do modelo de idealização do sujeito, tal qual um conjunto matemático de hipóteses e respostas tão certas quanto as fórmulas geométricas.²⁴⁰ Ao contrário, como aduz Pietro Perlingieri,

²³⁵ Cf. PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na legalidade constitucional*, p. 762.

²³⁶ Cf. PERLINGIERI, P., *O Direito Civil na legalidade constitucional*, pp. 762 e ss.

²³⁷ TEPEDINO, G., Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, G., *Temas de Direito Civil*, 30.

²³⁸ De acordo com o Código Civil de 2002, Art. 12. “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

²³⁹ Assim, observa Gustavo Tepedino que “A realização plena da dignidade humana, como quer o projeto constitucional em vigor, não se conforma com a setorização da tutela jurídica ou com a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento. [...] Assim é que, no caso brasileiro, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade.” TEPEDINO, G., Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, G., *Temas de Direito Civil*, p. 48

²⁴⁰ Sobre tais aspirações, alude Ovídio Baptista que “Se investigarmos as raízes ideológicas que sustentam nosso paradigma, veremos que o direito, a partir das filosofias do século XVII, passou a priorizar o valor “segurança” como exigência fundamental do moderno Estado Industrial. Como

A personalidade, portanto, não é um direito, mas sim um valor (valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer com que se perca de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados nos seus interesses e naqueles de outras pessoas.²⁴¹

Assim é que a proteção da personalidade não pode lançar mão de categorias imperativas aplicáveis a todos de maneira idêntica, tampouco pode ser prevista de maneira definitiva. Certamente nesse terreno não se pode pleitear verdades absolutas, formas não relativizáveis de atributos pessoais tutelados. É possível afirmar que a tutela da personalidade deve ser contingenciada pela incerteza que é intrínseca à condição humana, segundo a idéia de que “o direito existe para realizar-se”.²⁴²

No entanto, isso não significa que os dispositivos fixados pelo Código Civil não sejam aptos a proteger a personalidade de acordo com a sua dimensão valorativa. Na realidade, a eficácia da tutela jurídica da pessoa, nos moldes adotados pelo referido diploma, dependerá de uma atividade hermenêutica capaz de assegurar espaços de liberdade suficientes para a constituição pessoal conforme os imperativos constitucionais da dignidade humana.

Esta atividade hermenêutica é especialmente importante no que diz respeito ao dispositivo que inaugura o capítulo dedicado aos direitos da personalidade. Trata-se do art. 11, cujo conteúdo expressa algumas das mais tradicionais características dos denominados direitos da personalidade, a indisponibilidade, assentada nos seguintes termos:

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

disse um notável escritor inglês, a ciência jurídica moderna instituiu, como tarefa fundamental, “domesticar o azar”, conseguir no direito tão seguros quanto poderá sê-lo a solução de um problema algébrico. Antes de Savigny “geometrizou” o direito, criando um mundo jurídico distante das *no imaginables diversidades* do caso concreto e, portanto, da realidade social, Leibniz dissera que não apenas o direito, mas a própria moral, seriam ciências tão demonstráveis quanto qualquer problema matemático”. SILVA, O. B.. *Racionalismo e tutela preventiva em Processo Civil.*, p.40.

²⁴¹ PERLINGIERI, P., *O direito civil na legalidade constitucional*, p. 764.

²⁴² BARROSO, L. R., *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 247.

Inicialmente, deve ser destacado que os termos iniciais do artigo já se encontram em franco desacordo com os postulados que fazem da personalidade um desdobramento da cláusula geral da dignidade humana. Isso porque estabelecer que as limitações voluntárias só sejam lícitas nos casos previstos em lei significa ignorar que as variadas dimensões da personalidade não podem ser taxativamente elencadas em um diploma legal. As respostas do legislador, neste ambiente, devem ser marcadas pela contingência, provisoriedade e prudência, sem, contudo, abandonar o imperativo da proteção da dignidade humana.²⁴³

Além disso, vale ressaltar que são inúmeras as implicações jurídicas sem soluções positivadas que surgem a partir do progresso da atividade científica, da biotecnologia e da biomedicina. Não há como supor que o direito positivo, clausulado em artigos, parágrafos e alíneas da Lei Civil possa acompanhar a velocidade com a qual se desenvolvem os avanços nos campos científicos. Não sem razão, diversas demandas concernentes ao biodireito revelam os dilemas de uma evolução científica que torna realidade aquilo que há pouco tempo fazia parte somente das construções ficcionais.²⁴⁴

A suposta indisponibilidade característica dos direitos da personalidade, em especial o questionamento acerca da titularidade do corpo ou de partes dele em exame, para adequar-se à legalidade constitucional deve ser temperada com a tutela da autonomia privada existencial. Tal tarefa é, de fato, imperiosa, pois, como afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

²⁴³ A atividade hermenêutica empreendida na análise do artigo 11 do CCB tratou de construir parâmetros razoáveis pelos quais devem se pautar os julgadores no estudo das situações concretas. É o caso dos enunciados aprovados pelas Jornadas de Direito Civil, como o de número 4, consagrado em 2002, onde se lê: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Posteriormente, na III Jornada, foi aprovado Enunciado nº. 139, cujo teor é, precisamente, que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”. Assim, o último Enunciado cuidou de revelar o conteúdo do artigo 11, dentro da idéia geral de superação do modelo tradicional de tutela da personalidade, aproximando-o ao sentido da proteção da pessoa em sua integralidade, cujas demandas são, na maior parte das vezes, insuscetíveis de serem encerradas em uma solução simplista, que se subsuma completamente aos dispositivos legais.

²⁴⁴ LOPES ROCHA, M. A., Bioética e Nascimento – O Diagnóstico Pré-natal. Perspectiva Jurídico-penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, fasc.2, abril-junho 1991, p.175/204 aponta a manifesta insuficiência do quadro legislativo português face ao desafio do acelerado desenvolvimento médico-científico. As ciências biomédicas evoluem muito rapidamente, impossibilitando a pretensão de legislar em termos definitivos.

[...] no que se refere às relações extrapatrimoniais, o Código Civil, à luz de interpretação constitucionalizada, possivelmente regrediu. Com efeito, debate-se atualmente se, em virtude do mesmo princípio fundamental da proteção da dignidade humana, não derivaria, logicamente, uma expansão da autonomia privada no que se refere às escolhas da vida privada de cada pessoa humana? Ou seja, a privacidade garantida pela Constituição a uma pessoa digna, plenamente capaz, não deveria significar, pelo menos em linha de princípio, mais amplo poder de escolha sobre seus bens mais importantes?²⁴⁵

A autora indica que, apesar disso, no âmbito do capítulo dedicado aos direitos da personalidade, pode-se verificar um dispositivo que reconhece a necessidade de que a tutela da personalidade seja realizada em consideração à autonomia privada existencial. Trata-se da proteção ao direito à privacidade, consagrada no art. 21:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma

De fato, é no âmbito da privacidade que as tormentosas questões acerca da autonomia corporal se mostram ainda mais intensos. Na esteira de tais argumentos, tornou-se emblemático o caso²⁴⁶ que chegou à Corte Internacional de Direitos Humanos²⁴⁷ em dezembro de 2008, acerca da lei inglesa (Criminal Evidence Act, 1984) que permite a coleta de impressões digitais e material do DNA de suspeitos, para serem guardados por tempo ilimitado. O caso em tela tratou de duas situações distintas a um só tempo. A primeira delas dizia respeito a um menino de 11 anos, que fora acusado de roubo com uso de violência. A segunda fora relativa a um adulto acusado de agredir sua mulher, que após a queixa com este se reconciliou. Como não houve condenação, ambos os acusados requereram que a polícia destruísse as impressões digitais colhidas e o material genético (DNA), o que lhes foi negado. Os requerentes apelaram e a decisão dada pelo julgador foi no sentido de negar provimento ao recurso.

²⁴⁵ BODIN DE MORAES, M. C., Ampliando os Direitos de Personalidade. In: VIEIRA, J. R., [Org.], *20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse constitucional?*, p. 371.

²⁴⁶ S et MARPER Michael, Reino Unido (United Kingdom - Nos. 30562/04 and 30566/04) Arrêt, Strasbourg, 4/12/2008; Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/CaseLaw/HUDOC/HUDOC+database/> Acesso: 14 de maio de 2009

²⁴⁷ European Court of Human Rights, Information Notes on the Court Case-Law, nº 114, dezembro de 2008. Disponível em: http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN Acesso: 14 de maio de 2009.

O posicionamento dos tribunais ingleses foi baseado na convicção de que mesmo se houvesse interferência na vida privada dos recorrentes, esta seria muito modesta e pouco influente, considerados os objetivos perseguidos pelo Estado ao reter o material corporal dos acusados, pois os elementos colhidos seriam guardados para fins específicos e não seriam usados se os dois acusados não mais viessem a delinquir. O benefício de ter este material arquivado pelo Estado seria significativo, sustentou o julgado, com enorme vantagem para a luta contra o crime, tendo em vista que a identificação de suspeitos seria facilitada a partir dos dados biológicos.

O apelo à Corte baseou-se no argumento de que manter o material genético colhido nos arquivos do Estado, em função da natureza e da quantidade de informação neles contida, que incluiria o código genético pessoal e único dos recorrentes, seria uma interferência indevida e abusiva na privacidade dos sujeitos.²⁴⁸ Ora, mesmo no que se refere às impressões digitais, embora se sustente que o arquivamento destas teria menor impacto sobre a privacidade dos recorrentes, certo é que a informação única que trazem sobre o indivíduo não permite qualificar como neutra tal retenção. Desta forma, esta também pode ser identificada como uma interferência ilegítima sobre o direito da privacidade.

A Corte de Direitos Humanos decidiu que, no caso em tela, onde ambos os requerentes não tinham sofrido qualquer condenação, a retenção do material colhido, contra a vontade dos interessados, feria o artigo 8º da Convenção.²⁴⁹

²⁴⁸ Veja-se, em sentido semelhante, as seguintes considerações feitas por Stefano Rodotà: Se olharmos para os processos em curso do ponto de vista das tecnologias da informação e da comunicação, não descobriremos apenas o nascimento de uma dimensão virtual ao lado daquela real, ou formas de mistura que sugerem a expressão *mixed reality*. Muda a própria percepção da pessoa e de seu corpo. Centenas de milhões de homens e de mulheres têm seu “duplo” eletrônico, que num número crescente de casos condiciona sua existência muito mais do que o corpo físico. Pessoa e corpo eletrônico já pertencem *naturalmente* à dimensão global. As informações que nos dizem respeito, e que representam nossa identidade para todos aqueles que as usam eletronicamente, estão espalhadas num número crescente de bancos de dados nos mais diversos lugares do mundo; nossos rastros eletrônicos são constantemente acompanhados e guardados; os dados sobre a saúde, os dados genéticos descompõem nosso corpo. O novo direito global deve tratar de um “indivíduo planetário”, de um “corpo distribuído no espaço”. RODOTÀ, S., Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003, Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf>. Acesso: 12 de fevereiro de 2009

²⁴⁹ Artigo 8. Direito ao respeito à privacidade e à vida em família
Todos têm o direito ao respeito à privacidade e à vida em família, à privacidade em seu lar e de sua correspondência;
Não pode haver qualquer interferência pela Autoridade Pública ao exercício de tal direito, exceto quando autorizado por lei e sendo tal necessário em uma sociedade democrática, no interesse da

Determinou ainda que a proteção concedida pelo aludido artigo ficaria extremamente enfraquecida se o uso de modernas técnicas científicas no sistema criminal de justiça permitisse, sem qualquer limite e sem que fosse cuidadosamente aquilatado o potencial de benefícios de tal permissão, a interferência direta sobre o corpo de acusados, em face dos importantes interesses de privacidade dos atingidos.

Não se pode perder de vistas que qualquer Estado que pretenda ter um importante papel no desenvolvimento das novas tecnologias ligadas à pessoa, assume especial responsabilidade por saber sopesar os interesses em jogo. No caso em análise, o poder irrestrito concedido pela lei inglesa, de retenção do material genético dos recorrentes desequilibraria, de forma indevida, a ponderação a ser feita, a despeito de considerações acerca da natureza e gravidade da ofensa criminal e a idade do ofensor. Além disso, pela lei não haveria data limite para manter este material na data-base estatal, bem como seriam reduzidas as hipóteses legais que autorizassem a destruição de tais arquivos.

Diante disso, entendeu a Corte haver um grande risco de estigmatização social, situação que se agravava pelo fato de que tais pessoas não teriam sido condenadas e que, em tese, gozariam da presunção de inocência em seu favor, mas que estavam sendo tratadas como se condenados fossem. A retenção poderia ser ainda mais grave no caso do menor, em função de sua situação especial e da necessidade de integrá-lo à sociedade e não o contrário. Por fim, a Corte Européia decidiu que a retenção do material genético e das impressões digitais constituiria uma interferência despropositada se comparada ao direito ao respeito à privacidade e não poderia ser considerada como necessária em uma sociedade democrática.

Ora, é preciso salientar que um dos aspectos não negligenciáveis da tutela da privacidade, da intimidade e da integridade psicofísica está vinculado às escolhas de vida feitas pela pessoa. Isto é, a autonomia do indivíduo, de definir as bases do caminho a ser trilhado em sua vida, deve ser contemplada segundo a

segurança pública ou do bem-estar econômico do País, para prevenir a desordem e o crime, para a proteção da saúde e da moral, ou para a proteção da liberdade de todos;

noção ampliada de vida privada, ou precisamente esfera privada, como sendo fruto da construção voluntária do sujeito, e não um programa previamente determinado. Não sem razão, a apropriação dos dados biológicos, ainda que importem vantagens ao combate de práticas delituosas, representa flagrante violação ao espaço privativo de desenvolvimento pessoal no qual se insere o corpo e partes dele.

O dilema relativo ao direito ao próprio corpo e suas consequências face a terceiros foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, por ocasião do caso de utilização, contra a vontade da titular, do material genético colhido de Gloria de Los Angeles Treviño Ruiz, que gerou a Reclamação 2041-DF, analisada pela mais alta corte nacional. Invocando o artigo 5º X e XLIX²⁵⁰ a reclamante manifestou-se contra a utilização de seu material genético (placenta e líquido amniótico) para que à sua revelia e de seu futuro filho fosse constatada a paternidade da criança, concebida enquanto se encontrava detida nas dependências da Polícia Federal, sob suspeita de violência sexual por parte dos agentes federais.

Destacou o voto do Relator, Ministro Néri da Silveira, desfavorável à pretensão da recorrente, que nenhum exame invasivo seria feito na mãe ou no nascituro. De acordo com os argumentos apresentados pelo julgador, a placenta foi caracterizada como material orgânico periférico, sem serventia, que não poderia ser considerada ser vivo por não ter vida própria após retirada do ventre materno. Desta forma, determinou-se que a placenta deveria ser guardada para posterior realização do exame de DNA, a fim de investigar a paternidade da criança e afastar ou confirmar a suspeita criminosa. A honra e imagem da custodiada, segundo o relator, não estariam abaladas pela identificação da paternidade, ao passo que os próprios agentes da Polícia Federal teriam a honra e a imagem maculadas em função do fato da gravidez na prisão. Afora estes argumentos, a realização da perícia seria fundamental para averiguar a prática de crime contra a Administração da Justiça:

²⁵⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

[...] desse modo, sopesando o direito à intimidade de Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, que caprichosamente recusa-se a identificar o pai do menor, com os bens jurídicos constitucionais em conflito deverão prevalecer estes bens em detrimento daquele direito, que não é absoluto, pois numa hierarquia axiológica móvel²⁵¹, nas circunstâncias do caso concreto, a tutela do interesse da comunidade em restringir o âmbito de proteção do seu direito à intimidade não importará em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora ou do menor.²⁵²

Assim, a preservação da livre escolha do indivíduo na constituição de todos os aspectos de sua vida assume redobrada importância numa *law-saturated society*,²⁵³ na qual o direito se irradia pelos mais diversos aspectos da vida cotidiana, intervindo nas relações a fim de preservar o livre arbítrio, tanto na esfera pública quanto na privada. Ocorre, porém, que o intuito protetivo com o qual o direito se encarrega de regular o desenvolvimento da personalidade pode assumir um viés castrador de sua subjetividade, constituindo instrumento de interdição dos caminhos de livre desenvolvimento e realização pessoal.

Não sem razão, Stefano Rodotà problematiza os efeitos da onipresença do direito nos mais variados campos da vida, e principalmente da vida privada. Este movimento de intervenção do direito nos campos em que não se faz necessária fomenta uma verdadeira crise de legitimidade jurídica, tendo em vista que resulta desta inflação legal a quebra da funcionalidade do Direito. Assim:

Uma exigência social oposta caracteriza o recurso ao direito quando encontra os “mundos vitais”, a vida cotidiana, as escolhas que dizem respeito à existência. Nesta dimensão o direito pode se tornar o instrumento de ideologias ou religiões que querem impor determinados valores, como por exemplo, no tocante ao aborto, à contracepção, à reprodução assistida, à experimentação com os embriões, à eutanásia. De um modo mais geral, o direito pode ser considerado como elemento essencial de um “disciplinamento” global autoritário da vida, da “biopolítica” de que fala Michel Foucault. Mas nos últimos tempos multiplicaram-se os pedidos por parte da opinião pública de intervenções jurídicas visando regulamentar momentos da vida que deveriam ser deixados às decisões autônomas dos interessados, a sua personalíssima maneira de entender a vida, as relações sociais, a relação com o próprio ser. São os novos dados da realidade edificados pela ciência e pela tecnologia que mudam o sentido do apelo ao direito e as formas da regulamentação jurídica. Há uma difundida e persistente dificuldade social em metabolizar as inovações científicas e tecnológicas quando estas incidem sobretudo na maneira de nascer e morrer, na construção do corpo

²⁵¹ Sobre o tema, v.: BODIN DE MORAES, M. C.. Recusa à realização de exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. *Revista Forense*, n. 343, jul-set, 1998.

²⁵² Reclamação 2040-1 DF Relator Ministro Neri da Silveira, 21/02/2002

²⁵³ RODOTA, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, p. 9

na era de sua reprodutibilidade biológica, na própria possibilidade de projetar a pessoa.²⁵⁴

E a esse quadro de crise de legitimidade das intervenções jurídicas, Rodotà apresenta um movimento de “desjuridificação” que se fundamenta no próprio direito. Não significa levantar a bandeira de um abolicionismo jurídico na esfera privada, mas sim de assegurar que a incidência do direito nas relações privadas existenciais se dê de maneira efetivamente protetiva e não somente restritiva. Neste sentido:

A humanidade, que até ontem vivia no amparo das leis da natureza, descobre lugares onde o irromper provisório da liberdade se revela insuportável. Revelam-se assim áreas da existência que deveriam estar sujeitas a normas, pois a liberdade de escolha, onde antes havia apenas o acaso ou o destino, assusta, apresenta-se como um perigo ou como um peso insustentável. Ao caírem as leis da natureza, o horror do vazio que elas deixam deve ser preenchido pelas leis dos homens. Na ânsia de simplificação, pede-se ao direito uma reação, não apenas uma regra mas a reconstituição de uma ordem que fora subvertida. Na nova ordem jurídica mundial assim, parece delinear-se uma tendência que quer ver o mundo da economia livre de normas externas e integralmente entregue às próprias lógicas internas e a regras de origem privada, enquanto a autoridade do direito se manifesta plenamente em matérias que, ao contrário, deveriam ser deixadas à livre escolha das pessoas.²⁵⁵

Tal proteção não se confunde com uma postura paternalista por parte do legislador e nem mesmo dos intérpretes da lei. A pessoa concebida por Rodotà é um indivíduo dotado de autonomia efetiva e sensibilidade, que pondera os custos e benefícios de suas decisões, que está ciente de seu direito de autodeterminação. Neste contexto de aproximação intensa entre vida e liberdade, “o direito encontra uma discreta medida, através da qual esteja, talvez, nascendo um direito difuso e móvel [...] que pode paradoxalmente tornar-se instrumento de liberação de uma regra vinculante que pretende fechar a vida em uma gaiola jurídica.”²⁵⁶

²⁵⁴ RODOTÀ, S., Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003, Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf>. Acesso: 12 de fevereiro de 2009.

²⁵⁵ RODOTÀ, S., Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003, Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf>. Acesso: 12 de fevereiro de 2009.

²⁵⁶ Tradução livre do original: Sta forse nascendo un diritto diffuso e mobile [...] che può paradossalmente divenire strumento di liberazione da una regola obbligatoria che pretende di chiudere la vita in una gabbia giuridica. RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, p. 62.

Trata-se de reconhecer na autodeterminação corporal também uma importante manifestação da privacidade, não mais sob as tarjas individualistas com as quais esta se consagrou na construção jurídica burguesa, com vistas à *individualização do indivíduo em sociedade*, mas sim, e efetivamente, como um direito fundamental de garantia de condições para o desenvolvimento livre da pessoa.

A privacidade relaciona-se com a esfera íntima da pessoa de diversas formas, desdobrando-se na individualidade, na liberdade, na auto-reapresentação de si mesmo, na liberdade de conformação pessoal, representando muito mais do que o clássico “direito a estar só”.²⁵⁷ No que se refere aos dados pessoais, com os quais podem ser identificados diversos aspectos da personalidade, o direito à privacidade constitui elo fundamental para a garantia de proteção dos mais caros valores de um Estado Democrático de Direito.

Cuida-se, portanto, de compreender a privacidade como espaço no qual se insere a autodeterminação corporal. Como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, eis o caminho para a ampliação dos direitos da personalidade, ou seja, “no nível do Código Civil de 2002, deve se atribuir ao art. 21, interpretando-se a inviolabilidade da vida privada não como a tímida tutela do microcosmo da casa, mas como espaço inviolável da liberdade de escolhas existenciais”.²⁵⁸

4.2

Os limites do artigo 13 do Código Civil aos atos de disposição sobre o próprio corpo.

²⁵⁷ A alteração da concepção da privacidade, ocorrida especialmente nas últimas décadas, e em sintonia com o sistema de proteção da personalidade, é claramente exemplificada na seguinte passagem: “Nesta mudança, a proteção da dignidade acompanha a consolidação da própria teoria dos direitos da personalidade e, em seus mais recentes desenvolvimentos, contribui para afastar uma leitura pela qual sua utilização em nome de um individualismo exacerbado alimentou o medo de que eles se tornassem o “direito dos egoísmos privados” [...] a proteção de dados na sociedade da informação, tomada na sua forma de proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos outrora não proponíveis e induz a pensá-la como um elemento que, antes de garantir o isolamento ou a tranquilidade, proporcione ao indivíduo os meios necessários para a construção e consolidação de uma esfera privada própria” – DONEDA, D., *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 23.

²⁵⁸ BODIN DE MORAES, M. C., Ampliando os Direitos de Personalidade. In: VIEIRA, J. R., [Org.], *20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse constitucional?*, p. 388

Ainda que a privacidade seja compreendida como dimensão inarredável da dignidade, e afinal em função desta constatação, somente serão admitidas hipóteses de disponibilidade sobre o próprio corpo, desde que os atos praticados pelo indivíduo não impliquem em diminuição permanente da integridade física²⁵⁹ e não contrariem os bons costumes, à exceção dos atos motivados por exigência médica ou finalidade terapêutica, que serão permitidos a despeito das demais restrições:

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.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Para a análise aqui proposta, serão examinados com mais vagar tais limites, buscando interpretá-los à luz das disposições constitucionais, de modo que a disciplina jurídica sobre corpo não seja somente um espaço de interdição da autonomia, mas sim um espaço efetivo de promoção da autodeterminação corporal.

Passa-se, portanto, à interpretação destes limites à autonomia corporal.

4.2.1

Diminuição da integridade física.

A diminuição permanente da integridade física é critério limitador da autonomia corporal que deve ser lido de acordo com os argumentos que foram alinhavados desde o primeiro capítulo: o corpo-sujeito, unidade totalizante entre mente-corpo como noção que rompe com os dualismos cartesianos. Tais considerações são assentadas na noção de integridade psicofísica que, como já

²⁵⁹ ALT-MAES, F., *L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à La théorie du consentement de La victime* In R. de Science Criminelle et de Droit Penal compare, Paris, v.2, p.244-60, avril/juin, 1991. Discorrendo sobre o tema cita entre os elementos do corpo que são regeneráveis o cabelo e o leite materno, os quais podem inclusive ser cedidos a título oneroso. Eles são qualificáveis como produtos do corpo e estão no mercado; fora do mercado, mas ainda reconstituíveis estão o sangue, a medula óssea e o material genético: espermatozoides e óvulos. De um corpo fora do comércio, passa-se ao corpo dentro do comércio, passível de ser objeto de um contrato de compra e venda ou de doação.

visto, impõe que a unificação das dimensões física e psíquica da pessoa seja fundamento de sua tutela jurídica. Por esta razão, afirma Pietro Perlingieri que:

[...] a integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da pessoa humana. A tutela de um desses perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, utilizável também para cada um de seus aspectos²⁶⁰

Decorre daí a insuficiência da interpretação literal do dispositivo, de onde se extrai apenas integridade física, sem considerações acerca da dimensão psíquica. Mais uma vez aqui se fez relevante a atividade interpretativa das já mencionadas Jornadas de Direito, de onde se extrai, no Enunciado n. °6, que “a expressão exigência médica, contida no artigo 13, refere-se tanto ao bem estar físico quanto a bem estar psíquico do disponente”. Essa construção hermenêutica sustentada se coaduna com as palavras de Perlingieri, acima transcritas, ou seja, ainda que a norma não contemple de modo literal as duas dimensões da singularidade, se trata de construir o significado razoável de seus termos.

Em sentido semelhante, Maria Celina Bodin de Moraes postula uma concepção ampliada da integridade, ao congregar também o conceito de saúde, tanto em seu viés negativo quanto naquele promocional,²⁶¹ como se vê na passagem a seguir:

²⁶⁰ PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil*, p. 159

²⁶¹ A esse respeito, note-se que os Poder Judiciário vem exercendo papel ativo na promoção do referido direito, como se vê nos casos de fornecimento de remédio negados em sede administrativa. É neste sentido que se torna oportuna a menção ao trecho do Ministro Luiz Fux, da maneira que segue :RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM MIASTENIA GRAVIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de “miastenia gravis”. 2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.[...] 8. À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde. 9. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 950.725/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 18/06/2008)

No princípio de proteção à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não se torturar e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc. na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir inúmeros direitos da personalidade (vida, nome, imagem, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo direito à saúde, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social. No princípio está contido ainda, e principalmente, o direito à existência digna, tendo sido previsto pelo texto constitucional, para tanto, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família (artigo 7º, IV, da Constituição Federal)”.²⁶²

A amplitude do conceito, nos termos consignados, permite que sejam consideradas duas perspectivas distintas, relativas ao resultado da diminuição da integridade. Assim é que a sua redução poderá advir de atos de subtração ou ainda de atos de adição. Neste sentido, observa Stefano Rodotà que:

A tutela da pessoa refere-se agora à sua integridade física e psíquica, como diz explicitamente o artigo 3 da Carta dos direitos fundamentais da União Européia. Esta é uma determinação que remete à definição de saúde proposta pela Organização Mundial da Saúde, e hoje universalmente aceita, como bem-estar físico, psíquico e social. Além disso, a diminuição permanente da integridade física pode decorrer de uma adição, e não mais somente de uma subtração, como demonstram de modo eloquente o *doping*, o consumo de drogas, o fumo nas suas duas versões, ativa e passiva²⁶³

Assim, por exemplo, os diversos casos de acrasia já tratados no terceiro capítulo, como o tabagismo e os excessos cometidos nos hábitos alimentares, podem ser englobados na categoria de atos que promovem uma diminuição da integridade por uma adição, como aponta o referido autor. Também as situações onde ocorrem razões ligadas às convicções íntimas do sujeito, como a recusa das Testemunhas de Jeová ao tratamento médico através de transfusão de sangue, importam em diminuição permanente da integridade sem que, contudo, estejam vedadas pelo ordenamento jurídico.

²⁶² BODIN DE MORAES, M. C., *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil- Constitucional dos Danos Morais*, p. 94.

²⁶³ Tradução livre do original: La tutela della persona riguarda ormai la sua integrità fisica e psichica, come dice esplicitamente l'articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Una indicazione, questa, che rinvia alla definizione di salute proposta dall'Organizzazione mondiale della sanità, e ormai universalmente accettata, come benessere fisico, psichico e sociale. Inoltre, la diminuzione permanente dell'integrità fisica può derivare da una addizione, e non più soltanto da una sottrazione, come dimostrano in modo eloquente il doping, l'assunzione di droghe, il fumo nelle sue due versioni, attiva e passiva. RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, p. 85.

Em sentido diverso, o caso dos *wannabes* ou *amputees by choice*, portadores de apotemnofilia (BIID – Body integrity identity disorder²⁶⁴), que sofrem de distúrbio psíquico que os levam a desejar a amputação de seus membros, se refere a uma hipótese de diminuição permanente da integridade por uma conduta que se assemelha àquela narrada como atos de subtração. Trata-se de situação sem chancela jurídica, pois como afirma Carlos Konder, se considera que “a causa e o tratamento necessário ainda estão por ser cientificamente determinados. [...] parece que, no estágio atual da medicina, seria precipitado autorizar as cirurgias de amputação exclusivamente com base no consentimento”.²⁶⁵

Percebe-se, portanto, que o consentimento não é adequado como fonte legitimadora de todo e qualquer ato de disposição sobre o corpo, ou seja, nem sempre a manifestação da vontade será acolhida como razão legítima para a disposição. É preciso salientar, a esse respeito, que a autonomia corporal é relativizada com base nos critérios do artigo 13, sendo fundamental que não haja diminuição permanente da integridade. No exemplo dos *wannabes*, não se pode tomar o desejo de amputação, ainda que presentes todas as informações acerca da irreversibilidade dos danos e dos riscos procedimentais, como fundamento para o exercício da liberdade sobre o corpo.

É preciso ressaltar ainda que a diminuição permanente da integridade se distingue da autocolocação em risco, ou seja, da conduta voluntária através da qual o sujeito pratica atos que acarretem, potencialmente, riscos à integridade. É o caso dos esportes como o pugilismo, e outros tipos de lutas, nas quais se empregam tradicionalmente inúmeras técnicas potencialmente lesivas. Trata-se de risco, de atos potencialmente lesivos, mas não de atuação que importe necessariamente em diminuição corporal permanente ou até mesmo temporária. Tais atos podem acarretar – e por sua própria natureza não é incomum que ocorra – redução definitiva da integridade, mas devem se enquadrar em categoria diversa, na qual se considere efetivamente o consentimento como elemento suficiente para caracterizar o livre agir pessoal.

²⁶⁴ Aprofundando o tema, ver, por todos: KONDER, C. N., O Consentimento no Biodireito: Os Casos dos Transexuais e dos Wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, jul.-set. 2003.

²⁶⁵ KONDER, C. N., O Consentimento no Biodireito: Os Casos dos Transexuais e dos Wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, jul.-set. 2003, p. 66

Há, ainda, outros atos que implicam risco sobre o bem-estar do homem, mas não necessariamente englobam consequências tão drásticas quanto a permanência de uma diminuição de suas potencialidades. Veja-se, por exemplo, a prática de relações sexuais sem o uso de preservativos e sem qualquer conhecimento acerca da saúde do parceiro sexual. Trata-se de hipótese em que a pessoa se coloca em situação de perigo, atuando através de seu corpo, sem ignorar a potencialidade lesiva de seus atos²⁶⁶, mas na qual não necessariamente haverá redução de suas potencialidades.

Resta ainda outro importante aspecto a ser considerado. A Lei 9434, de 1997, estabelece em seu artigo 9º, *caput*, com destaque para o parágrafo terceiro, as condições para a doação de partes ou órgãos do corpo vivo:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo **cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável**, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. (grifou-se)²⁶⁷

²⁶⁶ Em síntese de Carlos Alberto Bittar: “embora riscos enormes existam, tanto para a saúde, como para a própria vida, a aceitação pela sociedade e pelos participantes acabou por legitimar a sua existência, recebendo, inclusive, cada qual, regulamentação própria (assim, as corridas de automóvel, as lutas de boxe e demais esportes em que o perigo e a violência são elementos intrínsecos). Com a adesão aos seus regulamentos e a prática correspondente, a pessoa fica, pois, sujeita aos riscos advindos, podendo, consentidamente, sofrer as consequências em seu físico, em sua saúde, ou em sua mente (exposição consentida ao perigo de lesão), mas com as cautelas que cercam a respectiva prática e os limites de ação delineados para cada tipo. As mesmas ponderações cabem com relação ao exercício de funções ou de trabalhos perigosos, em que a pessoa cede a outrem a sua energia mental e física, em contrapartida à remuneração ajustada, expondo-se aos riscos inerentes à atividade, para o entretenimento de outrem (como nos circos, em teatros, em arenas e em outros meios), ou, mesmo, para a produção de bens ou de serviços à coletividade (nos serviços e nas atividades perigosas em geral, por natureza, ou em função dos meios utilizados, como os de bombeiros e de empresas e entidades que operam com explosivos, eletricidade, material radioativo, mineração). Nesses casos, compete ao responsável tomar todas as providências tendentes a evitar ou a minimizar os riscos, na proteção da higidez física e mental dos envolvidos, com a adoção de dispositivos de segurança aptos (prevendo a legislação de acidentes do trabalho, para as indústrias em geral, mecanismos próprios para cada setor, sob controle das autoridades estatais da área).” BITTAR, C. A., *Os direitos da personalidade*., p. 75-76

²⁶⁷ § 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

No caso das doações de órgãos duplos, como, por exemplo, os rins, há efetiva diminuição da integridade física, sem que tal hipótese se inscreva na rubrica dos atos ilícitos. A proteção legal a este tipo de prática parece estar pautada pela intensidade do dano causado à integridade. Isto significa que a diminuição não legalmente tolerada será aquela que torne o indivíduo inapto para continuar vivendo ou que acarrete grave comprometimento de suas funções vitais ou saúde mental, como se viu no conteúdo do parágrafo terceiro do aludido artigo.

Não há dúvidas que a doação de um dos rins importa em redução da integridade física, além de colocar o doador em situação de alta vulnerabilidade. Todavia, a diminuição não será permanente e muito menos ocasionará qualquer impossibilidade para que a pessoa possa continuar vivendo de acordo com as suas potencialidades físicas e mentais. De modo diverso, a doação de órgão irregenerável ou único seria hipótese de inegável supressão da integridade e, ao cabo, da própria vida, em franco desrespeito às aludidas condições que revestem os atos de disposição sobre o corpo, em especial a indisponibilidade.

Parece lícito afirmar que o termo “diminuição permanente” deve ser compreendido em sentido próximo à saúde, que assume aqui a função de “parâmetro da licitude ou da ilicitude dos comportamentos e da *meritevolezza* da atividade, em sentido lato, do homem”.²⁶⁸

Nessa ponderação entre a liberdade e a solidariedade, o limite que ora se examina como restrição à disposição sobre o próprio corpo irá se configurar, no caso concreto, relacionado à saúde daquele que dispõe de parte do seu corpo, sendo esta entendida como expressão da dignidade na qual se impõe a

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 9º-A É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto. (Incluído pela Lei nº 11.633, de 2007).

²⁶⁸PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, p. 158.

observância da integridade física ao lado da psíquica, de forma única e inseparável, conforme se buscou demonstrar.²⁶⁹

4.2.2

Bons Costumes

Tradicionalmente empregado para diferenciar os comportamentos toleráveis daqueles que devem ser reprimidos, o termo bons costumes jamais esteve ausente da ordem social,²⁷⁰ oscilando apenas em gravidade de conseqüências conforme o campo institucional em que se encontra assentado.

Pietro Perlingieri, ao diferenciar as noções de ordem pública e de bom costume, assenta que “esta última, definida em geral segundo a concepção do costume de uma determinada sociedade, é a noção não a-histórica, mas relativa – muda com o tempo e, por vezes, de lugar para lugar –, genérica, destituída, portanto, de um conteúdo específico e determinado.”²⁷¹

De acordo com a já anunciada e necessária perspectiva de historicização dos conceitos jurídicos, cumpre salientar que os bons costumes sempre exerceram um papel fundamental para o controle social da sexualidade e, portanto, do corpo em sua manifestação mais impregnada pelos tabus históricos que envolvem o sexo. Tal afirmativa é observada por Foucault nas análises que resultaram nos três volumes de uma de suas obras mais emblemáticas, a *História da Sexualidade*. De acordo com o autor, a nobreza buscou, para manter sua distinção de casta e afirmar sua especificidade, a questão do corpo através do sangue, que, por sua

²⁶⁹ É o sentido dado por Berlinger aos imperativos da dignidade da pessoa humana no que se refere ao próprio corpo: É princípio jurídico de caráter fundamental a recusa de considerar o corpo humano como objeto de propriedade e de comércio. Sobre esse princípio é que se constituiu, através de idéias e de ações, grande parte da civilização moderna, do *habeas-corpus* à abolição da escravidão, do direito à saúde, à emancipação da mulher. Hoje, quando muitos dos vínculos de solidariedade humana parecem afrouxar-se, tal princípio pode ser uma das bases para que cada qual se reconheça como parte do gênero humano, ao passo que sua violação nos causaria séculos de retrocesso” BERLINGUER, G. *Corpo Humano: Mercadoria ou Valor*. In: *Estud. av.* vol.7 no.19 São Paulo Sept./Dec. 1993

²⁷⁰ Não sem razão, afirma-se que as sociedades produzem os seus estranhos, uma vez que elas próprias determinam aqueles que devem ser defendidos para manutenção de sua própria organização. E esta definição passa, via de regra, pela qualificação de comportamentos de acordo com os bons costumes e com a ordem social. Sobre os processos históricos de marginalização dos sujeitos, v. por todos: NEDER, G., *Discurso Jurídico e ordem burguesa no Brasil*, 1995.

²⁷¹ PERLINGIERI, P., *O direito civil na legalidade constitucional*, p. 442.

vez, determinava as ascendências. Já a burguesia, para assumir um corpo fez ao contrário: olhou para o lado de sua descendência, da saúde do organismo.

É oportuno mencionar, a esse respeito, como a prostituição representou a grande luta pela defesa dos costumes dentro de modelos sociais especialmente conservadores. Assim, são diversos os exemplos que consignam a referida prática como verdadeira doença social capaz de estancar o fluxo de otimização dos modos de viver, a serviço das biopolíticas que então se constituíam no Brasil ao longo do século XX, exatamente como observa João Batista Mazzeiro:

O sistema de regulamentação policial tinha a nítida função de controlar a moral e a higiene. De um lado, tanto a moral quanto a saúde burguesa deviam ser preservadas, de outro, colocava-se a necessidade de defender a moral pública dos "escândalos e exhibições" promovidos pela prostituição. Com relação à questão da saúde, a burguesia deve ser protegida da propagação de doenças venéreas. Para isto devia-se criar mecanismos através dos quais as prostitutas fossem forçadas a visitar obrigatoriamente hospitais. Considerava-se necessário desenvolver a "profilaxia da sífilis", julgada "moléstia social".²⁷²

Nessa mesma perspectiva, a polícia dos costumes, de origem francesa, constituiu-se no Brasil como aparelho estatal de fiscalização das liberdades primordialmente existenciais, de maneira que, prossegue João Batista Mazzeiro,

Na virada do século, foi prática corrente do aparelho policial fazer com que prostitutas, vadios, mendigos e bêbados por hábito assinassem "termo de bem viver". Esse poder de polícia ainda se tornou mais pronunciado na lei 147, de 1902, que dizia que a polícia devia "ter sob sua vigilância as prostitutas, providenciando contra elas sem prejuízo do processo competente, da forma mais conveniente ao bem-estar da população e a moral pública".²⁷³

Como reflexo dessa vigilância, a construção da ordem jurídica burguesa no Brasil foi pautada por um intenso movimento de criminalização dos comportamentos indesejáveis, como aqueles consubstanciados pelas práticas de prostituição e outros tantos que representassem perigo as instituições tradicionais da moral vigente.

²⁷² MAZZIEIRO, J. B., Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos - São Paulo 1870/1920. *Rev. bras. Hist.* 1998, vol.18, n.35, pp. 247-285. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100012&lng=en&nrm=iso>.

²⁷³ MAZZIEIRO, J. B., Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos - São Paulo 1870/1920. *Rev. bras. Hist.* 1998, vol.18, n.35, pp. 247-285. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100012&lng=en&nrm=iso>.

Uma análise histórica da relação entre o controle sobre o corpo e os bons costumes permite remarcar não só o desenvolvimento das biopolíticas em nível nacional, mas também que outros campos científicos trataram de imprimir no corpo as marcas essencialmente restritivas que foram impostas, outrora, pelos aparelhos policiais.²⁷⁴ Assim foi que, através da união entre os discursos médico e jurídico, os sujeitos que praticavam crimes contra a moral e os bons costumes, especialmente os relativos ao sexo, foram considerados doentes mentais, padecendo das chamadas perversões sexuais.²⁷⁵

Todavia, é no direito civil que a noção de bons costumes figura, contemporaneamente, como limitação à liberdade da pessoa sobre o corpo.²⁷⁶ A

²⁷⁴ Tais questões foram enfrentadas pelos tribunais brasileiros, chegando ao STF alguns pedidos de Habeas Corpus preventivos para que as meretrizes não fossem prezas no exercício de suas ocupações. Assim, “A recusa de salvo conduto a prostitutas para a prática do “trottoir” não constitui negação de direito constitucionalmente assegurado. No ordenamento jurídico vigente, que coíbe certos atos contra a moral e os bons costumes, não pode o “habeas corpus” erigir-se em “alvará” para a prática da prostituição ostensiva.” (RHC 59518, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/1982, DJ 17-12-1982 PP-03202 EMENT VOL-01280-01 PP-00206)

²⁷⁵ É o relato: “Dessa perspectiva, os principais tipos de pervertidos sexuais eram: 1) os espinaes, idiotas completos, cuja prática perversa era o onanismo, “tal é esta idiotia estragada, esgotada, indiferente a tudo que o cerca, que se entrega a uma masturbação desenfreada após a idade de 3 anos”; 2) os espinaes cerebrais posteriores, nos quais prevalecia “o ato instintivo puramente brutal. A ninfomania e a satiriasis entram neste grupo”; 3) os espinaes cerebrais anteriores, dentre os quais estavam as perversões propriamente ditas, os invertidos. Esses eram considerados os mais perigosos pois desde criança o homem procurava o homem e a mulher a mulher. Para Casper, o invertido tinha “uma alma de mulher em corpo de homem”. Outros juristas e médicos classificaram os invertidos em natos e acidentais. Os natos, desde a infância, se comportavam como uma mulher, na adolescência se apaixonavam por um companheiro e começavam um onanismo recíproco, chegando posteriormente à pederastia.” Os médicos legistas consideram estes indivíduos como verdadeiros alienados” ou degenerados hereditários. Essa inversão seria ou congênita ou devida à depravação moral, à perversidade. Completavam esse quadro de “loucos sexuais” os sádicos, masoquistas, erotômanos, paralíticos, vesânicos, epiléticos, idiotas e débeis, exibicionistas e fetichistas: “MAZZIEIRO, J.B., Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos - São Paulo 1870/1920. *Rev. bras. Hist.* 1998, vol.18, n.35, pp. 247-285. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100012&lng=en&nrm=iso>.

²⁷⁶ Não apenas sobre essa questão, sendo encontradas variadas referências aos bons costumes ao longo do Código Civil de 2002, a exemplo dos seguintes artigos:

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 1.335. São direitos do condômino: IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

determinação de que os atos de disposição sobre o próprio corpo não podem importar em diminuição permanente da integridade física é agregada ao imperativo dos bons costumes, de modo que se faz ainda mais necessária a análise desta noção de acordo com as condições de livre desenvolvimento da personalidade que são asseguradas pela dignidade da pessoa humana.

De modo geral, a noção de bons costumes não encontra significado unívoco, tendo em vista que o seu conteúdo é, como observa Luisa Neto, “fugidio e variável, menos concretizado em normas jurídicas positivas, e antes reflectindo o denominador cultural comum espontâneo de uma comunidade nacional”.²⁷⁷ Nesse sentido, a noção de bons costumes como instrumento de regulação social opera através da introjeção de comportamentos que se reputam desejados socialmente. Deste aspecto subjetivo decorre que a naturalização de tais comportamentos é sustentada pela repetição acrítica de determinadas práticas.

Considerado à luz da dignidade da pessoa humana, bons costumes adquire função diversa daquela na qual se consolidou como meio de controle social do corpo e das manifestações da sexualidade. Trata-se de reconhecer na referida noção o sentido de moralidade assegurado pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, cuida-se de um campo de profundas controvérsias. Superada, para os efeitos aqui pretendidos, a clássica separação positivista entre moral e direito, resta ainda obscuro de que maneira o recurso aos valores morais pode ser operado de acordo com a legalidade constitucional.²⁷⁸ Assim, aproximam-se os problemas da produção normativa e as questões de aplicação do direito. Tais

²⁷⁷ NETO, L., *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração de seu regime*, p. 481.

²⁷⁸ Nesse ponto, aponta Cortiano Junior que “O problema da indisponibilidade do corpo humano também se coloca. O mundo tecnológico da sociedade capitalista faz pensar acerca da possibilidade de o indivíduo dispor de seu próprio corpo (ou de partes dele). Interessante notar aqui a antítese formada entre a solidariedade humana (o que justificaria a disposição do corpo) e o individualismo (onde a disposição do corpo serviria para atingir fins particulares, notadamente o lucro). Nota-se, assim que se entrelaçam as questões de indisponibilidade do corpo humano com a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade. De um modo geral, é aceita a disposição de partes do corpo humano com fins solidários e humanitários, mas inadmite-se remuneração. Entretanto, aceita-se a remuneração quando se tratar de algumas partes do corpo (renováveis, como o cabelos, ou mesmo, leite e esperma) e desconsidera-se a idéia de solidariedade. Essa antítese no tratamento de uma mesma questão (disposição de partes) faz ver a enorme influência de preceitos éticos e morais sobre a ordem jurídica.”. *Apud* ESPOLADOR, Rita de Cássia. *Breves comentários acerca da autonomia corporal e da manipulação genética humana*. Disponível em: <http://cdsat.damasio.com.br/templates/csat/pdf/doc004.pdf>. Acesso em 13 de julho de 2008.

questões se apresentam frente ao fato de que as constituições dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, como é o caso da brasileira, agregam em seus textos uma série de valores que repercutem diretamente no campo concreto de validade da produção normativa inferior.

Por conseguinte, nem todo valor moral compartilhado pela sociedade assumirá, necessariamente, o figurino de um valor juridicamente protegido. O conteúdo axiológico das proposições jurídicas deverá ser construído a partir de uma atividade hermenêutica que toma como norte o conteúdo constitucional que lhe é correlato. No sentido exposto, é sob os princípios constitucionais que se definem juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade. De acordo com Daniel Sarmento, é através deles que “se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores (...) tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição”.²⁷⁹

Assim é que os mandamentos civis que implicam considerações acerca de seu conteúdo valorativo só podem ser lidos adequadamente através das lentes constitucionais, sendo lícito afirmar que o termo *bons costumes* tem seu conteúdo revelado somente se interpretado de acordo com a moralidade constitucional.²⁸⁰ Neste sentido, cuida-se de valores compartilhados que ultrapassem limites setoriais, ou seja, que não expressem valores de uma moralidade privada, ainda que esta seja majoritária. Dito de outro modo, trata-se de uma moralidade constitucional considerada a partir dos imperativos de uma sociedade democrática e, sobretudo, pluralista.

As dificuldades encontradas sobre o conteúdo dos valores dentro da seara jurídica podem ser exemplificadas nas práticas de *barebacking*. Surgido nos EUA durante os anos 90, o termo *bareback*²⁸¹ é utilizado para a prática de atos sexuais

²⁷⁹ SARMENTO, D., *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 59.

²⁸⁰ O termo é utilizado na defesa do positivismo inclusivo sustentado por Wilfrid Waluchow, no sentido de adequar o positivismo jurídico ao constitucionalismo contemporâneo. Ver, sobre o autor e seus argumentos, especialmente: *Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVIII, no. 2; *Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

²⁸¹ Como informa Bernardo Lynch de Gregório “O termo inglês literalmente significa “traseiro careca” e foi criado por alguns grupos de homossexuais masculinos dos Estados Unidos e da Europa, que se recusam a usar “camisinha” em suas práticas apesar de toda a enorme campanha internacional feita para prevenção da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) e demais doenças sexualmente transmissíveis (DSTs)”. “Bareback”: o que é isso?. Disponível em: <http://www.desejosecreto.com.br/seguo/seguo18.htm>

de penetração sem o uso de preservativo, uma modalidade de sexo inseguro bastante difundida entre os homossexuais. São variadas as motivações que levam a tal prática, sendo necessário compreendê-la como uma resposta pouco razoável ao estigma que se espalhou sobre os homossexuais em razão do avanço do vírus da AIDS, tratado inicialmente como "câncer gay" ou "peste cor-de-rosa".²⁸² O protesto foi efetivado na contramão dos esforços internacionais para conscientização do uso de preservativos.²⁸³

Atualmente, o *barebacking* não mais se restringe às práticas homossexuais, sendo cada vez mais difundido entre heterossexuais em busca de um prazer que se fundamenta no risco. Quanto mais perigoso o ato sexual, maior prazer será capaz de gerar. O significativo aumento do *barebacking* se deve, em grande parte, ao advento do coquetel contra a AIDS, cuja descoberta serviu para mitigar a idéia de letalidade, tradicionalmente ligada a esta patologia.

Assim sendo, não se pode afirmar que os *barebackers* ignorem os efeitos potencialmente danosos da referida prática, mas, assim como tantos outros atos nos quais a pessoa se coloca em situação de perigo, eles simplesmente optam por correr os riscos que justamente lhe conferem prazer. Uma opção questionada em vários aspectos, exceto em um: trata-se de escolha consciente e racional, onde a relação custo benefício é equacionada pelo prazer. Até aí não haveria nada além dos tradicionais segredos de alcova, os quais a sociedade sempre tratou de assegurar como manifestação genuína da privacidade.

Ocorre, porém, que a difusão dessa prática sexual pouco convencional vem ganhando ares de questão de saúde pública, considerando o número de adeptos e as cada vez mais populares festas da roleta-russa, ou *bare parties*, onde entre os convidados há os *bug chasers* (caçadores de vírus), os HIV negativo, que

²⁸² GREGÓRIO, B.L, "Bareback": o que é isso?. Disponível em: <http://www.desejosecreto.com.br/seguo/seguo18.htm>

²⁸³ Ainda na esteira da liberdade sexual, vale lembrar que as relações homoafetivas foram tradicionalmente tomadas como ato de perversão sexual, desvio sexual, patologia merecedora de correção médica. Desde 1948, o homossexualismo passou a constar no CID – Classificação Internacional de Doenças, no qual permaneceu até o dia 17 maio de 1990, data que se tornou o Dia Mundial de Combate à Homofobia, quando a Organização Mundial de Saúde OMS assentou que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão.

se submetem ao sexo sem preservativo, e os *gift givers* (presenteadores), os soropositivos que servem à contaminação daquele HIV negativo.²⁸⁴

Trata-se de um tipo de evento social que não é gratuito. As festas são promovidas por particulares adeptos do sexo inseguro, onde os convidados pagam pela entrada e por tudo aquilo que consumirem. Em matéria feita para o Jornal do Brasil, o jornalista Vagner Fernandes teve acesso a duas dessas festas, uma realizada em Ipanema, zona sul do Rio de Janeiro, e a outra delas em um sítio na zona oeste, chamada oportunamente de “Vale Tudo”. Ambas as festas têm em comum um público em busca do prazer arriscado, a despeito de todas as potenciais doenças sexualmente transmissíveis que são francamente democratizadas nestas ocasiões.²⁸⁵

Veja-se que como ato em si o *barebacking* já é questionável enquanto prática extremada, cuja periculosidade reside, dentre outros fatores, no alto potencial de transmissão contagiosa que as doenças sexualmente transmissíveis carregam.²⁸⁶ Não obstante isso, o exemplo em tela fornece interessantes dados para a reflexão acerca dos bons costumes na perspectiva atual. Se a referida prática em si é relevada como ato consentido entre sujeitos capazes de discernir, seara de manifestação da liberdade sexual, cumpre salientar que a exploração do *barebacking* através das festas como atividade lucrativa não deve ser vista sob a chancela dos mesmos argumentos. Decorre daí que a exploração de atividade comercial, como é o caso, não pode valer-se da integridade psicofísica dos sujeitos para auferir lucros, pois se trata, acima de tudo, da indisponibilidade do corpo e da pessoa como fim em si mesmo, e não meio através do qual se tornam satisfeitas as pretensões alheias.

Aqui se pode fazer um paralelo com a posição sustentada pelo Tribunal Administrativo de Neustadt em caso que diferenciou os *peep shows* dos shows de *strip-tease*. Segundo o tribunal alemão, a exposição do corpo nu da dançarina de

²⁸⁴ Informações noticiadas em matéria intitulada “Barebacking cresce no Brasil e torna-se caso de saúde pública”. Disponível em: <http://jbonline.terra.com.br/extra/2009/01/03/e030115675.html>. Último acesso: 04/05/2009.

²⁸⁵ Disponível em: <http://jbonline.terra.com.br/extra/2009/01/03/e030115675.html>. Último acesso: 04/05/2009.

²⁸⁶ Na esfera penal, as referidas condutas se enquadram nas hipóteses contidas no artigo 130 do Código Penal brasileiro: “Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. § 1º se é intenção do agente transmitir a moléstia: pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

strip-tease não fere, *a priori*, sua dignidade, sendo a nudez considerada como manifestação artística que, segundo os costumes daquela comunidade, “não atinge a situação de sujeito na pessoa do artista.”²⁸⁷ De modo diverso, os *peep shows* traduziriam, segundo os julgadores, a “atmosfera de um negócio econômico mecanizado e automatizado, no qual a contemplação da mulher nua é vendida e comprada como a mercadoria de uma máquina automática ativada com moedas”.²⁸⁸

Da mesma forma que os shows de *strip-tease* foram concebidos como manifestações artísticas que não resvalam na integridade psicofísica e nem na dignidade da dançarina, também a prática do *barebacking* pode ser entendida como expressão da liberdade sexual, onde a dimensão psíquica do sujeito só é satisfeita através de atos que potencialmente diminuem sua integridade física. Em sentido oposto, tanto as festas “roleta-russa” quanto os *peep shows* revelam a exploração do corpo como objeto das práticas mercantis e, neste sentido, configuram violação aos bons costumes, a qual não deveria ser tolerada à luz dos imperativos da dignidade humana.

A mercantilização do corpo e de suas partes também foi tema intensamente debatido no caso John Moore *versus* Universidade da Califórnia,²⁸⁹ que se tornou emblemático para o tema das patentes sobre materiais genéticos. A demanda versou sobre células imortais que foram produzidas a partir das células extraídas do corpo de Moore durante o tratamento para leucemia e patenteadas pela Universidade da Califórnia, sem que o paciente tivesse ciência dos fatos.

John Moore recebeu tratamento para leucemia de células pilosas no Centro Médico da Universidade da Califórnia em Los Angeles (Centro Médico UCLA). O diagnóstico foi confirmado logo após a retirada de significativas quantidades de seu sangue, aspiração de medula óssea, e outras substâncias corporais. Já nessa ocasião, os médicos responsáveis pelo tratamento afirmaram, em juízo, estarem cientes de que a partir do tratamento de Moore poderiam ter acesso a um material biológico de grande valia para trabalhos científicos e

²⁸⁷ FRANKENBERG, G, *A gramática da constituição e do direito*, p. 319.

²⁸⁸ FRANKENBERG, G, *A gramática da constituição e do direito*, p. 320

²⁸⁹ Suprema Corte da Califórnia, John MOORE, Autor e Reclamante, v. REITORES DA UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA et al., Defensores e Réus. No. S006987 9 de Julho de 1990. Recurso de Embargo Negado em 30 de Agosto de 1990.

comerciais, pelo qual seriam alcançadas importantes vantagens competitivas, tanto no âmbito científico quanto naquele comercial. Cirurgiões do Centro Médico UCLA removeram o baço de Moore em 20 de Outubro de 1976, e desde então ele retornou à clínica diversas vezes por recomendação da junta médica que o acompanhava, a pretexto de dar continuidade ao tratamento.

Ao longo do período de tempo em que Moore esteve sob os cuidados terapêuticos, foram realizadas pesquisas científicas em suas células, cujo intuito era, conforme alegado pelos réus, aumentar a competitividade no campo profissional, com a consequência natural de benefícios financeiros que daí se originaria. Como resultado disso, foram patenteadas as células imortais desenvolvidas a partir das células de Moore. A partir daí, foram negociados acordos para desenvolvimento comercial da linhagem de células e produtos dela derivados. Por um acordo com o Genetics Institute, o médico inventor "tornou-se um consultor remunerado" e "adquiriu os direitos a 75.000 ações ordinárias."

Baseado nessas alegações, Moore processou a todos em função de 13 ilícitos, dentre eles a apropriação indébita e a conversão ilícita, enriquecimento ilícito, interferência intencional com relacionamentos de prováveis vantagens econômicas, difamação sobre o direito de propriedade e prestação de contas. Tais acusações visavam a caracterizar a violação de seus direitos como apropriação ilícita, ou seja, como contra a interferência de terceiros nos aspectos patrimoniais.

Na realidade, Moore valeu-se da noção de que as células eram de sua propriedade e que, portando, deveria ser consultado acerca da utilização delas. Como afirmou em declaração um dos juízes da Corte: “o requerente nos pediu que reconhecêssemos e instituíssemos um direito de vender o seu próprio tecido celular para obter lucro”.²⁹⁰ Isso porque, para Moore, o uso não autorizado de suas células pelos réus constitui uma apropriação indébita, e ensejaria a reclamação dos lucros pela propriedade dos produtos que possam eventualmente ser criados a partir de seu material biológico. A conclusão a que se chegou na Corte Suprema da Califórnia foi que a linhagem de células patenteadas e os produtos delas derivados não poderiam ser propriedade de Moore, restando-lhe,²⁹¹ contudo, o

²⁹⁰ RABINOW, P., Invenção e representação do corpo genético. COURTINE, J-J., [org] *História do corp. As mutações do olha: o século XX*, p.103

²⁹¹ A respeito do voto de um dos juízes, relata Rabinow que: “Num dissentimento de cinquenta páginas o juiz Mosk, uní liberal, manifesta consternação moral generalizada. Em primeiro lugar,

ressarcimento pela quebra de confiança na relação médico-paciente. Na decisão proferida, destacou-se que “(Moore) pede-nos que consideremos o corpo humano – o sujeito mais venerado e o mais protegido em toda sociedade civilizada – como equivalente à mais baixa mercadoria comercial. Impõe-nos misturar o sagrado ao profano”.²⁹²

Os direitos patrimoniais sobre as células imortais do corpo de Moore demonstram, a um só tempo, como a impossibilidade de tratar o corpo como objeto, como bem apropriável, promove uma importante aproximação entre os bons costumes e a dignidade. É o que ocorre com a concepção de bons costumes diante de uma perspectiva repersonalizada, ou seja, cuja base jurídica tenha fundamento e limite na proteção da pessoa, esta como a medida de coisas, sempre o valor supremo a ser tutelado em qualquer situação que se apresente. Não se trata de imprimir um olhar conservador que faz do termo bons costumes algo completamente incompatível com um cenário de tolerância pluralista e democrática, mas, ao contrário, cuida-se de tomá-lo pelo viés da proteção, e não mais da repressão.

Diante disso, cumpre assinalar que, como já mencionado no capítulo anterior, as limitações impostas à autodeterminação corporal devem ser respaldadas pelo próprio substrato material da dignidade, ou seja, pelos seus corolários ou subprincípios. Assim é que a esfera da liberdade existencial será tutelada diante dos imperativos de igualdade, integridade, liberdade e solidariedade. Por conseguinte, a fronteira estabelecida pelos bons costumes deve ser tomada como uma ingerência externa, e portanto excepcional, no espaço autônomo de livre desenvolvimento pessoal.

retoma o filão do solapamento de normas supostamente tradicionais da ciência e da medicina através da sedução exercida por argumentos de caráter comercial. A afronta da Justiça gira em torno, basicamente, da norma mertoniana do desinteresse. Estabelecendo uma distinção entre um "uso autenticamente científico" e uma "exploração comercial desavergonhada", o juiz argumenta que embora seja fortuito quando os resultados da ciência pura casualmente encontram uma aplicação comercial, se a atividade científica for em busca desses ganhos desde o início, tal motivação constitui uma traição. E conclui: "Se essa ciência tornou-se ciência para obter lucros, nesse caso não vemos qualquer justificativa para excluir o paciente da participação nesses lucros" (CT). O sigilo e a cobiça não são motivações genuinamente científicas, conspurcando aquele que vai em busca da verdade. Uma vez a motivação enxovalhada por sonhos comerciais, todos têm iguais direitos de lucrar também. Justiça é justiça.” *Cortando as amarras: fragmentação e dignidade na modernidade hoje.* Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_23/rbcs23_05.htm. Último acesso: 15 de maio de 2009

²⁹² RABINOW, P., Invenção e representação do corpo genético. COURTINE, J-J., [org] *História do corp. As mutações do olha: o século XX*, p.104.

Excepcional porque nas questões relativas à autonomia existencial não há espaço para interdições que não sejam consubstanciadas por um respectivo dever de observância dos referidos subprincípios. Assim sendo, enquanto a diminuição permanente da integridade psicofísica é concebida como resultado da ponderação entre liberdade e integridade, os bons costumes revelam seu sentido constitucional através da equação entre solidariedade e igualdade.

Por um lado, tal fórmula permite que as restrições de ordem subjetiva sejam consideradas sob a perspectiva de garantia dos espaços necessários ao livre desenvolvimento da personalidade. Por outro, assegura que as restrições de ordem externa ao sujeito não constituam um campo fértil para a imposição de particularismos e visões de mundo setorizadas que, como se viu, não expressam necessariamente a moralidade contemplada pelos valores constitucionais.

Desta forma, parece lícito afirmar que o termo bons costumes, no sentido referido pelo artigo 13, revela seu conteúdo constitucional quando contemplado como expressão da solidariedade no campo das liberdades existenciais, de modo que a proibição de que a pessoa seja tratada como meio para atingir determinados fins comerciais expõe o verdadeiro sentido da igualdade substancial, de onde provém a máxima de que todos os homens são dotados de igual dignidade, sendo esta ilimitada, mesmo que à revelia de seu titular.

4.2.3

Finalidade terapêutica ou exigência médica.

Dentre os critérios apontados para o livre desenvolvimento da personalidade em seu viés corporal, a finalidade terapêutica ou exigência médica assume posição hierarquicamente superior aos demais, uma vez que diante de sua constatação tornam-se irrelevantes as considerações acerca da diminuição permanente da integridade ou dos bons costumes.

Por tal razão, a necessidade médica será o meio através do qual o ato de disposição do próprio corpo se torna, per si, um ato juridicamente válido, assegurado pelos imperativos de proteção à dignidade. Assim é que

[...] este critério permite que a inviolabilidade seja quebrada em nome da proteção da vida ou da integridade psicofísica, na perspectiva de um sacrifício a ser admitido em nome de um bem maior. O ato de disposição, nesse caso, mostra-se necessário, uma vez que, segundo a avaliação médica, visa à recomposição da saúde do paciente, elemento inolvidável de sua dignidade. O legislador autoriza e realiza, ele próprio, a ponderação de princípios ²⁹³

Essa hierarquia estabelecida pela própria norma jurídica vem à tona nas hipóteses de transexualidade,²⁹⁴ que se caracteriza, no campo da medicina, por uma inadequação entre o sexo morfológico e o sexo psicossocial do sujeito, sendo classificada como disforia de gênero.²⁹⁵ Qualificada como uma *situação permanente de desvio psicológico de identidade sexual*, a síndrome²⁹⁶ transexual possui procedimento terapêutico de compatibilização das concepções de sexo morfológico e a sua conformação sexual psicológica chamado de cirurgia de transgenitalização.²⁹⁷

A disforia de gênero representa, em linhas gerais, o rompimento da concepção unitária mente e corpo, de modo que os transexuais sofrem de conflito identitário pelo qual não se reconhecem na própria estrutura biológica. Em sentido semelhante, observa Sylviane Agacinski que

Aquele – ou aquela – que pretende “mudar de sexo”, isto é, encomendar a um cirurgia a confecção de um sexo físico de acordo com o seu “*verdadeiro* gênero”,

²⁹³ BARBOZA, H. H., BODIN DE MORAES, M. C., TEPEDINO, G., et al. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, p. 37

²⁹⁴ Sobre as particularidades do transexualismo, ver: BARBOZA, H. H., Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOSA, H. H., e BARRETO, V. P., (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. e CHOERI, R. Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização. In: BARBOSA, H. H., e BARRETO, V. P., (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*, p. 235-236.

²⁹⁵ Na definição do CFM: “desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à auto mutilação e/ou auto-extermínio”.

²⁹⁶ A despeito da consagração da transexualidade como espécie de patologia, há importantes estudos no campo psicanalítico que problematizam essa definição médica. A esse respeito, alerta Márcia Aran que “Não podemos estabelecer *a priori* que transexuais padecem de uma patologia ou são necessariamente, por uma questão de estrutura, psicóticos. A clínica psicanalítica nos ensina que, antes de tudo, devemos escutar e basicamente tentar acolher as diversas manifestações das subjetividades. Sabemos que estamos num território movediço, bastante complexo e que não devemos ceder de imediato ao apelo do imperativo tecnológico e científico que pretende capturar e modelar os *corpos*. Porém, mais do que nunca, não podemos — em nome de uma antiga forma de organização social, que alguns preferem chamar de *Lei* — impor de forma violenta um diagnóstico psiquiátrico ou realizar uma interpretação psicanalítica, apenas para manter o nosso horizonte simbólico intocável”. ARÁN, M., *A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. Agora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, 2006, vol. 9, n. 1.

²⁹⁷ Sua finalidade terapêutica lhe confere o status de ato de disposição do corpo autorizado. Contudo, tal concepção é recente e posterior à Resolução 1.482/ 97 (seguida Resolução 1.652/02) do Conselho Federal de Medicina, que assentou o caráter terapêutico do procedimento, fixou critérios rígidos para sua admissão e, ainda, ressaltou a inexigibilidade de autorização judicial.

para substituir aquele que lhe foi conferido ao nascer, leva a divisão física ao nível mais íntimo da alma. Ele experimenta o caráter imperioso e inato de sua identidade profunda: sua “alma”, ele diz, é uma alma de mulher em um corpo de homem – ou vice-versa. Ele parece considerar que as almas são mais imperativamente sexuadas do que os corpos. Mas através de uma demanda de transformação física, os transexuais revelam, por vezes de maneira patética, sua necessidade de definição sexual, tanto psíquica quanto anatômica e social: eles precisam se ornar com todos atributos reais ou simbólicos do *gênero* que querem ter...Ou melhor, que eles querem *ser*, tamanha a sua necessidade de uma identidade sexual única.²⁹⁸

A finalidade terapêutica da cirurgia lhe confere o status de ato autorizado de disposição sobre o próprio corpo. Tal concepção é recente e posterior à Resolução 1.482/97 (seguida pela Resolução 1.652/02) do Conselho Federal de Medicina, que assentou o caráter terapêutico do procedimento, fixando critérios rígidos para sua admissão e, ainda, ressaltou a inexigibilidade de autorização judicial.

Todavia, a compreensão de que a cirurgia de transgenitalização é um imperativo terapêutico não é suficiente para amparar juridicamente o indivíduo transexual. A ponderação autorizada pelo legislador não traz a exigência médica como uma razão preponderante em todos os aspectos que envolvem a questão. Assim, o tema das consequências jurídicas da transexualidade – alteração de prenome e sexo no Registro Público – não goza de conformidade nos tribunais brasileiros.

No debate acerca da alteração do prenome é possível afirmar, até, que são raras, atualmente, as manifestações resistentes à sua modificação.²⁹⁹ Trata-se de

²⁹⁸ AGACINSKI, Sylviane *Política dos sexos.*, p. 17.

²⁹⁹ “Alteração do nome e averbação no registro civil. Transexualidade. Cirurgia de transgenitalização. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. *Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte*” (TJRS, Ap. Cível Nº 70013909874, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julgado em 05/04/2006 – grifos nossos). O mesmo entendimento pode ser encontrado em: “Registro Civil. Transexualidade. Prenome. Alteração. Possibilidade. Apelido publico e notório. O fato de o

um quadro recente de reconhecimento da possibilidade de alteração do nome em razão da não exposição do sujeito ao ridículo pelo prenome,³⁰⁰ cujo fundamento configura-se como *ratio iuris* imperativa nas decisões dos tribunais brasileiros.

Entretanto, a mudança do status sexual no Registro Público³⁰¹ não goza da mesma conformação, encontrando forte divergência jurisprudencial.³⁰² Não raro

recorrente ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. Diante das condições peculiares, nome de registro esta em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo. Ademais, tratando-se de um apelido público e notório justificada esta a alteração. Inteligência dos arts. 56 e 58 da Lei n. 6015/73 e da Lei n. 9708/98. Recurso provido” (TJRS, Ap. Cível Nº 70000585836, 7ª Câmara Cível, Rel. Dês. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 31/05/2000). Estas posições são identificadas na grande maioria das decisões que analisam a possibilidade de mudança de sexo, habitualmente acompanhada do pleito de alteração do prenome.

³⁰⁰ Tal entendimento vem da interpretação do artigo 55, parágrafo único, e artigo 58, *caput*, da Lei de Registros Públicos, Lei. 6.015/73.

Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

³⁰¹ Para o direito, o critério de identificação sexual, o sexo civil ou sexo legal, é o sexo morfológico externo, que corresponde à anatomia de seus órgãos genitais. CHOERI, R. “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização”. In: BARBOZA, H. H., e BARRETO, V. P., (orgs.) et alli. *Temas de Biodireito e Bioética*, p.240

³⁰² “Registro civil das pessoas naturais - Retificação de sexo e de prenome - Transexualidade. Alteração que pode ocorrer por exceção e motivadamente, nas hipóteses permitidas pela lei dos registros públicos (lei nº 6.015/73, arts. 56 e 57). Nome registral do usuário em descompasso com a sua aparência física e psíquica. Retificação que se recomenda, de forma a evitar situações de constrangimento público. Alteração de sexo, posterior cirurgia de transgenitalização. Inteligência do art. 462 do cpc. Apelação provida, por maioria” (TJRS, Ap. Cível Nº 70014179477, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 24/08/2006). A mesma posição pode ser encontrada, *e.g.*, em TJRJ, Ap. Cível, proc. n. 2006.001.61104, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha, j. em 15/08/2007 e TJRS, Ap. Cível, proc. n. 585049927, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário Rocha Lopes, j. em 19/12/1985. Com entendimento contrário, em recente decisão do TJRJ: “Ação de retificação do registro de nascimento. Transexual. Adequação do sexo psicológico ao sexo genital. sentença de procedência. apelação. Sentença que julgou procedente o pedido, deferindo a alteração no registro civil, consistente na substituição do nome do requerente, passando a figurar como pessoa do sexo feminino. Características físicas e emocionais do sexo feminino. Artigo 13 do Código Civil. Defeso o ato de dispor do próprio corpo. Exceção quando for por exigência médica. Ciência moderna trata o transexualismo como uma questão neurológica. Análise citogenética. Prova definitiva para determinar o sexo. Diferença encontra nos cromossomos sexuais é a chave para a determinação do sexo. Cirurgia de mudança de sexo não é modificadora do sexo. Mera mutilação do órgão genital, buscando a adaptação do sexo psicológico com o sexo genital. Mudança de sexo implicaria em reconhecimento de direitos específicos das mulheres. Segurança jurídica. Mudança do nome do apelado se afigura possível. Artigos 55 e 58 da Lei 6015/77. Nome pode ser alterado quando expõe a pessoa ao ridículo. Quanto a mudança de sexo, a pretensão deve ser rejeitada. Modificação do status sexual encontra vedação no artigo 1.604 do Código Civil. Ensejaria violação ao preceito constitucional que veda casamento entre pessoas do mesmo sexo. Retificação do sexo no assento de nascimento tem como

as decisões problematizam, principalmente em casos onde a transgenitalização fora feita do masculino para o feminino, se haveria de fato, após a cirurgia, uma figura feminina, ou apenas uma aparência sugestiva do gênero³⁰³, mas faticamente irreal.

Nesse sentido, em agosto de 2007, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ decidiu, por unanimidade, que ninguém que tenha sido submetido à cirurgia de transgenitalização pode obter judicialmente a alteração do sexo civil no Registro Público sem que a mesma reste averbada. Isto é, a alteração do sexo para que o Registro guarde correspondência com a nova realidade do transexual deverá ser assentada de tal modo que seja registrada a razão jurídica da alteração, com conseqüente referência à situação sexual anterior.

A decisão, no Recurso Especial nº 678.933,³⁰⁴ foi provocada pela determinação, por parte da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de retificação no assento de nascimento do requerente que, após procedimento de transgenitalização, pleiteava a mudança de prenome masculino “Paulo César” para o feminino “Cristiane” e de sexo masculino para o sexo feminino. O acórdão dispôs, ainda, sobre a vedação de referência da situação anterior do requerente em futuras certidões fornecidas, a não ser por requerimento judicial ou do próprio autor.

pressuposto lógico a existência de erro. Inexistência de erro Apesar da aparência feminina, ostenta cromossomos masculinos. Dá-se provimento ao recurso.” (Ap. Cível, proc. n. 2007.001.24198, 16ª Cam. Cível, Rel. Des. Mônica Costa Di Piero, j. em 07/08/2007, e para outras decisões dentro da mesma lógica negativa, ver: TJRJ, Ap. Cível, proc. n. 1993.001.06617, 8ª Cam. Cível, Rel. Des. Geraldo Batista, j. em 18/03/1997. Sobre a controvérsia no campo doutrinário, ver: KONDER, C. N., O Consentimento no Biodireito: Os Casos dos Transexuais e dos *Wannabes*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, jul.-set. 2003, p. 67.

³⁰³ Para uma compreensão ampliada das categorias de gênero, v.: BUTLER, J., *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*.

³⁰⁴ Ementa da decisão: “Mudança de sexo. Averbação no registro civil .1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminho no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido”.

A referida decisão do Superior Tribunal de Justiça não inova na agenda conservadora das decisões que versam sobre as consequências jurídicas da transexualidade, mas surpreende e enseja comentários diante da equivocada violação da autodeterminação corporal como expressão da privacidade. O impacto da decisão reside, precisamente, numa idéia característica e bastante peculiar de autonomia privada, cuja intimidade deveria ser violada para que não se produzisse uma indignidade institucionalizada juridicamente.

Em seu voto, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito contrargumenta a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que buscou preservar a intimidade, a imagem, e, por que não dizer, a estabilidade emocional e psíquica do transexual que realizou a intervenção cirúrgica, determinando a não averbação no livro de Registro, garantindo assim a segurança jurídica necessária a quem de fato transformou-se não apenas fisicamente, mas emocionalmente e juridicamente.

Embora sustente que “[...] Julgamentos dessa natureza precisam ser postos sempre debaixo do amor pela humanidade” e são orientados pelo “[...] critério da igualdade de direitos e da fecunda compaixão que deve unir todos os homens na realização plena de sua natureza pessoal e social”, o relator em outros momentos não parece estar guiado apenas por estes pontos de vista:

[...] Não creio que os argumentos postos no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenham substância capaz de justificar a conclusão que acolheu, particularmente com a infeliz comparação com a mulher que por qualquer patologia não pode gerar. Aquela que não pode gerar tem a mesma benção da sua natureza daquela que pode. Ao dom da criação, que homem e mulher repartem, com a fecundação, fruto de amor e entrega, de doação e unidade, não se nega a origem nascida nem se esconde fato resultante de ato judicial. Não se trata de ato submetido ao registro civil. *Não se trata de modificação da sua natureza gerada.* (grifou-se).

Os argumentos jurídicos que funcionam como invólucro de uma reprodução histórica das categorias socialmente estigmatizadas pela moral sexual sustentam que há, nas hipóteses de alteração dos dados registrares, conflito entre a segurança jurídica, cuja garantia viria da veracidade que carrega o Registro Público, e o direito à privacidade, isto é, de no caso em tela não ter o transexual a exposição do processo de adequação ao qual se sujeitou publicizado à sua revelia.

O registro público, como se sabe, deve ser a máxima expressão da verdade dos fatos da vida. A modificação da natureza gerada, como apontado na decisão, é um fato da vida que não se altera diante da averbação ou não. Ocorreu “no mundo da vida”, e para isso sequer necessitou de autorização judicial, o compromisso com a verdade está em possibilitar a alteração do prenome e do sexo, mas não passa, ainda que se tente sustentar, pela averbação de que esta alteração “fora oriunda de decisão judicial.”

Entretanto, a análise da argumentação do acórdão revela que a dicotomia está não entre preservar os direitos da sociedade no conflito que venham a ter com os direitos à intimidade de qualquer indivíduo, mas sim entre quem possui um corpo sexual natural, que se gesta no processo da fecundação, e aqueles que possuem o corpo sexual modificado.

É o próprio Ministro quem aponta para essa dicotomia, impondo a quem opte por modificar a sua natureza sexual com a marca indelével da sua vontade – ou seja, aquele que manifesta a vontade e a concretiza com a modificação cirúrgica do sexo – o não direito ao esquecimento do estado anterior que tanto sofrimento lhe causou. Portanto, resta sobre a cabeça do transexual a espada de Dâmocles:

O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. *Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo.* Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor” (grifou-se).

Ora, a manifestação da vontade era pela modificação do sexo e não para que essa modificação se tornasse pública. No entanto, como numa relação de

causa e efeito, parece pelo voto do relator que se trata de uma mesma vontade, ou de uma vontade inerente à outra. Modificar o sexo cirurgicamente importaria, então, em arcar com os riscos da eventual publicização da modificação. A postura adotada na decisão aponta para o fato de que o transexual que tenha efetuado a operação não faz jus ao direito que qualquer indivíduo possui no Estado Democrático de Direito: preservar a sua intimidade, a sua imagem e a sua integridade psicofísica.

De maneira contrária aos imperativos da dignidade humana, o acórdão analisado utiliza como argumento aquilo que de fato é a sua antítese: a averbação como reconhecimento do novo corpo sexual, resguardando-se assim a vontade do indivíduo transexual, logo a demonstração de um olhar não preconceituoso, como uma ótica garantista da vontade.

Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor” (grifou-se).

No entanto, o que parece passar despercebido é o fato de que, ao impor a averbação como forma de evitar o risco de “validarmos agressão à verdade”, o julgado determina uma pena ao transexual que tenha optado pela cirurgia. Trata-se de um olhar não garantidor da decisão do indivíduo que resolveu alterar o seu corpo sexual, como quer fazer crer os argumentos do acórdão, e sim um olhar penalizador para a autonomia corporal.

Ao obrigar a publicização, nosso Judiciário remonta ao conceito de interdição, realizado pelo poder, que Foucault já expunha na análise da história da sexualidade, uma busca pela permanente domesticação do corpo cuja fórmula se realiza pela “ameaça de um castigo que nada mais é que sua supressão”:

O ciclo da interdição: não te aproximes, não toques, não consumas, não tenhas prazer, não fales, não apareças; em última instância não existirás, a não ser na sombra e no segredo. Sobre o sexo, o poder só faria funcionar uma lei de proibição. Seu objetivo: que o sexo renunciasse a si mesmo. Seu instrumento: a ameaça de um castigo que nada mais é que sua supressão. Renuncia a ti mesmo sob pena de seres suprimido; não apareças se não quiser desaparecer. Tua

existência só será mantida à custa de tua anulação. O poder oprime o sexo exclusivamente através de uma interdição que joga com a alternativa entre duas inexistências.³⁰⁵

Assim, não é mera causalidade a indignação diante da comparação realizada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entre uma *mulher estéril* e o transexual masculino que tenha feito a cirurgia para obter um corpo sexual feminino, pois se para o TJRS é possível ver-se nesse novo indivíduo a transformação em mulher, o que significa uma aceitação da vontade do indivíduo, para o Ministro trata-se de uma *infeliz comparação*, pois “*não se trata de modificação da sua natureza gerada*”.

Não basta para assegurar a autodeterminação corporal que seja lícita a intervenção cirúrgica, é preciso contemplar a tutela integral do indivíduo transexual, reconhecendo que a publicidade sobre a alteração de seus dados pessoais realiza, no mais alto grau, a fragmentação dos atributos pessoais tutelados. Isso porque, como já visto, não existe espaço de desenvolvimento pessoal autônomo sem respeito à esfera privada. Certamente, se a finalidade terapêutica da cirurgia de transgenitalização confere licitude à alteração sexual, toda a tutela jurídica deve voltar-se para que a nova situação do indivíduo transexual seja também, e obrigatoriamente, plenamente revestida de proteção.

Diante dos argumentos analisados, resta afirmado que toda a tutela jurídica da autonomia corporal quanto à transexualidade ainda encontra fortes resistências nos tribunais brasileiros, sobretudo em razão de um modelo de proteção de direitos da personalidade que aceita a compartimentalização da personalidade em fragmentos estanques, como se fosse possível conceber a liberdade sem a privacidade e, ao fim, sem a dignidade.

Veja-se que o tema também foi enfrentado pela Corte Européia de Direitos Humanos, no caso *Christine Goodwin versus United Kingdom*, onde se chegou a uma solução diversa daquela apresentada pelo STJ.³⁰⁶

³⁰⁵ FOUCAULT, M., *História da sexualidade: A vontade de saber*, vol. 1, p. 94.

³⁰⁶ Application no. 28957/95; Judgment Strasbourg, 11/07/2002. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=8&portal=hbkm&action=html&highlight=sex&sessionid=25662144&skin=hudoc-en>

Christine nasceu com o sexo morfológico masculino e passou por cirurgia de mudança de sexo para adequar suas dimensões físicas àquela psíquica. Apesar disso, Christiane, à semelhança do caso julgado pelo STJ, não teve seus direitos igualados aos das mulheres inglesas, em especial a idade menor para aposentadoria. Da mesma forma, toda vez que seu empregador perquiria sobre seu número de seguro social e tomava conhecimento de seu registro como sendo do sexo masculino, Christine era demitida, sendo alvo de profundas manifestações discriminatórias e comentários preconceituosos.

Não sem razão, Christine ingressou com reclamação junto à Corte Européia dos Direitos Humanos alegando ofensa ao artigo 8º, já citado, por ausência de regulação pelo Estado que lhe permitisse ter um tratamento condizente com sua dignidade pessoal, quer por omissão legislativa, quer por inadequação das medidas tomadas pelo Executivo. Na base de sua argumentação estava o fato de que o Estado Britânico, apesar de múltiplas recomendações dos Tribunais, mantinha-se inerte em relação às medidas eficazes para findar o sofrimento dos que, como ela, teriam feito operação de transgenitalização.

Christine relatou que a falta de reconhecimento legal para o seu novo estado psíquico-físico acarretou uma série de humilhações de discriminações que dirigidas a ela. Isso porque em diversas circunstâncias presentes em seu cotidiano Christine se deparava com fatos que constituíam uma intolerável diferença em relação às demais mulheres como ela, como, por exemplo, o procedimento especial que lhe era imposto junto ao serviço social quando tinha que consultar algum dado pessoal, o tempo para a aposentadoria que lhe era exigido (o dos homens e não das mulheres) e ainda o valor do seguro de carro que tinha que pagar (como homem era mais elevado do que como mulher).

Christine também referiu que haveria um grande perigo e não menor prejuízo para sua pessoa se seu empregador pudesse rastrear seus dados a partir do número do cartão do seguro social. Ela, inclusive, culpava o fato de não conseguir estabilizar sua situação como profissional, por repetidamente ter sido dispensada de trabalhos em consequência de sua dualidade de gênero. Em sua defesa, ela citou o voto de Justice Chisholm, da Corte Australiana, que afirmou:

[...] não há princípio legal capaz de sustentar que a lei australiana não deva regular o matrimônio entre pessoas que foram um dia do mesmo sexo. Pensar desta forma

(não regular a questão) criaria uma inconsistência indefensável entre a lei australiana sobre casamento e as demais leis australianas. Levaria o país em direção inversa à que é seguida entre os países da Europa. Mas mais do que tudo, iria impor grande sofrimento a pessoas que já tiveram a sua parcela de infelicidade.

[...] as palavras “homem” e “mulher” têm um sentido contemporâneo, que não segue uma fórmula específica. Certamente a diferença de gênero não é uma questão de direito, como também não se limita à uma questão médica ou psiquiátrica. Na realidade, todos os elementos deste quebra-cabeça devem ser considerados para o fim de determinação do sexo, incluindo-se o sexo natal, e ainda a percepção do sujeito sobre si mesmo papel que a pessoa desempenha em sociedade, qualquer tratamento utilizado para uma nova determinação de gênero e as condições biológicas, físicas, psicológicas da pessoa”³⁰⁷.

A Corte entendeu que no caso de Christine deveria avaliar se o Estado Britânico tinha ou não falhado com relação à obrigação de garantir o direito da reclamante, uma transexual, de receber o devido respeito em sua vida privada, especialmente pela falta de regulação da situação de sua nova opção sexual. A Corte observou já ter avaliado outras reclamações de transexuais em face do Reino Unido, citando *Cossey v. United Kingdom* em outubro de 1986 e *Sheffield e Horsham v. the United Kingdom* em julho de 1998. Em tais precedentes foi considerado que a recusa do Reino Unido em alterar os registros

³⁰⁷ Tradução livre do original: “I see no basis in legal principle or policy why Australian law should follow the decision in *Corbett*. To do so would, I think, create indefensible inconsistencies between Australian marriage law and other Australian laws. It would take the law in a direction that is generally contrary to development in other countries. It would perpetuate a view that flies in the face of current medical understanding and practice. Most of all, it would impose indefensible suffering on people who have already had more than their share of difficulty, with no benefit to society.....Because the words ‘man’ and ‘woman’ have their ordinary contemporary meaning, there is no formulaic solution to determining the sex of an individual for the purpose of the law of marriage. That is, it cannot be said as a matter of law that the question in a particular case will be determined by applying a single criterion, or limited list of criteria. Thus it is wrong to say that a person’s sex depends on any single factor, such as chromosomes or genital sex; or some limited range of factors, such as the state of the person’s gonads, chromosomes or genitals (whether at birth or at some other time). Similarly, it would be wrong in law to say that the question can be resolved by reference solely to the person’s psychological state, or by identifying the person’s ‘brain sex’. To determine a person’s sex for the law of marriage, all relevant matters need to be considered. I do not seek to state a complete list or suggest that any factors necessarily have more importance than others. However the relevant matters include, in my opinion, the person’s biological and physical characteristics at birth (including gonads, genitals and chromosomes); the person’s life experiences, including the sex in which he or she was brought up and the person’s attitude to it; the person’s self-perception as a man or a woman; the extent to which the person has functioned in society as a man or a woman; any hormonal, surgical or other medical sex re-assignment treatments the person has undergone, and the consequences of such treatment; and the person’s biological, psychological and physical characteristics at the time of the marriage...For the purpose of ascertaining the validity of a marriage under Australian law the question whether a person is a man or a woman is to be determined as of the date of marriage...”

de nascimento, ou em conceder novos registros de nascimento com alteração de sexo, não poderia ser considerada como uma ofensa ao direito de identidade e de privacidade dos reclamantes.

Nestes casos anteriores fora observado que a autoridade pública tomara providências para minimizar intromissões indesejadas na privacidade dos reclamantes, como, por exemplo, permitir que estes tirassem carteira de motorista, passaporte e outros documentos com seus novos nomes e gêneros. Enfim, não havia ficado provado que o Estado de alguma forma, em função de não existir uma lei específica para tratar do problema dos transexuais, houvesse falhado e causado algum dano concreto aos reclamantes.

Portanto, em sentido oposto ao que se viu no julgamento da questão pelo STJ, a Corte entendeu que o exame dos fatos deveria sempre levar a uma análise dinâmica da situação reclamada, para que a Convenção Internacional dos Direitos do Homem não virasse letra morta, entendendo ainda que o problema dos transexuais era sério e grave e necessitava de medidas apropriadas. A Corte relatou que Christine havia nascido homem, mas fizera a cirurgia de transgenitalização. Entretanto, para fins legais, permanecera como homem e isto acarretou efeitos concretos, que se materializavam de forma incisiva toda vez que perante o sistema legal fosse relevante a determinação do sexo, como na área do pensionamento e aposentadoria (ela teve que continuar a pagar seu seguro social até a idade de 65 anos, quando como mulher aos 60 poderia se aposentar).

Além disso, observou a Corte que haveria uma séria interferência na vida privada da reclamante em função de conflitos surgidos entre a lei vigente no país reclamado e aspectos específicos da nova personalidade da transexual, causando-lhe estresse e angústia em função de aspectos puramente formais, fato que não poderia ser taxado como pequenas inconveniências como pretendia o Estado britânico. Com efeito, os aspectos formais relativos à identificação de Christine forma afastados diante da necessidade de sua tutela integral, ao contrário do que ocorreu no julgado anterior, onde se verificou que a garantia das formalidades era a sentença de interdição do indivíduo transexual.

No caso em tela, a cirurgia de mudança de sexo foi paga com recursos públicos, reconhecida a disparidade entre sexo-nascimento e sexo-amadurecimento, que deveria ser corrigida através da cirurgia, mas igualmente

este processo médico deveria permitir a assimilação mais próxima do possível do gênero biológico ao gênero percebido pelo transexual como aquele ao qual pertenceria. A Corte reconheceu que, apesar de fornecer a cirurgia, o Estado não permitia, através da necessária mudança legal, que o transexual pudesse obter um completo reconhecimento social como pertencente ao novo gênero. Faltaria, portanto, coerência ao Estado para lidar com este problema. Se o Estado permitia e financiava a mudança cirúrgica do sexo seria ilógico que este mesmo Estado se recusasse a reconhecer as implicações legais do resultado do tratamento prestado.

Percebe-se, portanto, a insuficiência do critério exigência médica para promover a efetiva proteção do indivíduo transexual. É imprescindível que, a partir da disposição sobre o corpo por razões terapêuticas, a tutela jurídica da pessoa possa abarcar, integralmente, as novas demandas do corpo transformado.

4.3

A autonomia corporal dentro da legalidade constitucional: artigo 13 entre a liberdade, a solidariedade, a integridade e a igualdade

A configuração dogmática dos direitos da personalidade como espécie de direito subjetivo tem origem nas construções germânica e francesa da segunda metade do século XIX, nas quais se constituiu como “direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”.³⁰⁸ Neste sentido, eles foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro a partir do Código Civil de 2002

A ausência dessa previsão normativa no Código de 1916 deu ensejo a uma série de considerações sobre o caráter inovador do diploma civil de 2002. Tal postura se mostra, contudo, em franco desacordo com as circunstâncias históricas, uma vez que as transformações jurídicas ocorridas a partir da segunda metade do século XX tornaram imperioso, como afirmado, que a pessoa fosse tutelada em

³⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo., “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, in *Temas de Direito Civil*, p. 26.

todos os aspectos constitutivos da sua singularidade, como consequência direta da consagração da dignidade como novo paradigma jurídico.³⁰⁹

Por outro lado, a controvertida fixação conceitual dos direitos da personalidade como categoria de direitos subjetivos constituiu, como afirma José Carlos Moreira Alves, a razão pela qual o Código anterior não trouxe tais direitos em sua redação final, apesar de constarem no Anteprojeto de Código Civil:³¹⁰

Também se abriu um capítulo para os direitos da personalidade, estabelecendo-se não uma disciplina completa, mas os seus princípios fundamentais. Essa disciplina não constou do Código Civil brasileiro por uma razão singela: na época em que foi elaborado, ainda se discutia se, realmente, havia direitos subjetivos da personalidade, tendo em vista que forte corrente doutrinária considerava não ser possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito, pelo fato de não se distinguirem os aspectos da personalidade e de se considerarem que esses aspectos formavam uma unidade e, portanto, tratava-se sempre da personalidade una da pessoa física ou natural.³¹¹

Essa problemática é ainda mais evidente no que se refere aos atos de disposição do próprio corpo, pelo que a tutela da autodeterminação corporal não encontra um espaço efetivo de proteção dentro da dicotomia entre sujeito e objeto. Nesse sentido, torna-se necessário ultrapassar os limites deste modelo tradicional para vincular a compreensão do direito ao próprio corpo à dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela do sujeito, da qual se desdobram os elementos de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade.³¹²

Como mencionado, a dignidade da pessoa humana se desdobra em corolários ou subprincípios que revelam seu substrato material. O

³⁰⁹ A esse respeito, observa Maria Celina Bodin de Moraes que a condenação maior que se deve fazer à referida postura reverencial decorre da falsa crença de que: “[...] o vasto movimento mundial que, ao longo do último quartel do século XX, se dedicou a orientar o Direito no sentido de uma integral e irrestrita proteção da pessoa humana em sua dignidade limita-se, para o civilista, a um rol de tímidas enunciações do legislador ordinário, reduzidas em número e presas à categoria dos direitos subjetivos”³⁰⁹, 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. P. 372

³¹⁰ Cf. 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

³¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto do Código Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>. Último acesso: 20.02.09.

³¹² Na esteira desse raciocínio, vale mencionar o Enunciado 274 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, de onde se extrai, a respeito do artigo 11, que “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

desmembramento em igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica é de suma importância para auxiliar o intérprete normativo na ocasião de conflito³¹³ entre um desses princípios, de idêntica posição hierárquica, cuja solução já é determinada pela dignidade, pois: “somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação.”³¹⁴ O substrato material revelado nos referidos temas permite, pois, afastar a tão criticada posição de “duna nômade” argumentativa, assumida por vezes na utilização generalizada da dignidade humana nos tribunais.³¹⁵

Frequentemente, o conflito entre subprincípios se dá entre esferas jurídicas diversas, cada qual com o seu titular, cujas pretensões são contrapostas e sopesadas, de modo que a ponderação objetiva seja feita com relativa facilidade. Problema maior reside, contudo, nas hipóteses em que a colisão incide sobre uma única esfera jurídica, sobre as pretensões de um único titular.

Nessas situações, a ponderação não pode versar apenas sobre expressão objetiva dos direitos implicados, visto que o peso dos interesses tutelados está inscrito, como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, em uma dimensão primordialmente “subjettiva ou mental, que afinal pode ser conhecida somente pelo sujeito protagonista [...] que diz respeito ao poder sobre si mesmo”.³¹⁶

Desse modo, o artigo 13 do Código Civil e as suas respectivas limitações devem ser interpretados de acordo com os imperativos constitucionais que estabelecem a dignidade humana como paradigma de tutela da pessoa humana.

³¹³ Sobre a ponderação como resolução de conflitos entre princípios no caso concreto, ver, entre outros: ALEXY, R., *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 1997; BARCELLOS, A. P., *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005; BODIN DE MORAES, M. C., *Danos à pessoa humana*, 2005; SARMENTO, D., *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2002.

³¹⁴ BODIN DE MORAES, M. C., O Princípio da Dignidade Humana. In BODIN DE MORAES, M. C., (coord), *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, p. 17.

³¹⁵ O substrato material revelado nos referidos temas permite, pois, afastar a tão criticada posição de “duna nômade” argumentativa, assumida por vezes na utilização generalizada da dignidade humana nos tribunais, pois, como alerta Maria Celina que “uma vez que a noção (dignidade humana) é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco de generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação”. BODIN DE MORAES, M. C., *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional do dano moral*, p.84.

³¹⁶ BODIN DE MORAES, M.C., *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde*. No prelo. Original gentilmente cedido pela autora.

Por tal razão, buscou-se apresentar fundamentos para a construção hermenêutica do conteúdo constitucional do referido dispositivo, tendo em vista também a indisponibilidade do direito ao corpo e a privacidade como garantia de espaços de liberdade para o livre desenvolvimento da pessoa.

De acordo com essa perspectiva, é possível afirmar que o primeiro limite analisado, a diminuição permanente da integridade física, deve ser compreendido como uma restrição que se impõe sobre a autonomia corporal com o propósito de tutelar as dimensões física e psíquica da singularidade. Diante disso, busca-se nas circunstâncias concretas quais são os interesses conflitantes, de modo a considerar que integridade psicofísica é a harmonia que se estabelece entre os dois aspectos indissociáveis da personalidade, tornando de fato integral a proteção das escolhas de realização pessoal.

Para que a autodeterminação seja efetivamente protegida, é preciso ter em vista que tal limite se dirige às situações nas quais os interesses contrapostos estão inscritos unicamente na esfera jurídica do seu titular, sem necessariamente resultar em consequências para a esfera jurídica de terceiros. Por tal razão, é preciso a máxima cautela na interpretação daquilo que poderá ser, no caso concreto, uma diminuição ilícita da integridade, considerando que a tônica de uma norma que se destine somente à tutelar a pessoa contra ela mesma deve ser sempre, em primeiro lugar, a liberdade.

O segundo limite analisado, bons costumes, encontra fundamento na moralidade constitucional, ou seja, nos valores que encontram assento na Constituição. Tal consideração é de suma relevância para que o referido limite possa ser compreendido de modo diverso daquele em que se constituiu como elemento arbitrário de imposição de valores setoriais. Com efeito, trata-se de uma limitação imposta à autonomia corporal com o intuito de preservar a esfera jurídica de terceiros especificamente considerados ou ainda da esfera pública em si.

Sendo assim, sua interpretação deve estar calcada nos imperativos da solidariedade e da igualdade, de modo que a restrição de ordem externa sobre a autonomia será legítima se for necessário tutelar o corpo de investidas mercantilistas. Pode-se afirmar que o papel dos bons costumes dentro da perspectiva constitucionalização do direito civil encontra razão na máxima

segundo a qual todas as pessoas são dotadas de igual dignidade e desta não poderão dispor, sempre que tal disposição resultar na desigualdade entre elas.

Deve-se observar também que o critério da finalidade terapêutica ou exigência médica, capaz de afastar todas as restrições antes referidas, impõe que a partir do tratamento médico sejam considerados dignos de tutela jurídica todos os novos ou renovados aspectos da personalidade que sejam então revelados. Assim deve ocorrer no caso da transexualidade, pois, como já examinado, a licitude da disposição sobre o corpo não é o bastante para que a tutela da personalidade seja contemplada de forma integral.

Diante dos argumentos expostos, o direito ao próprio corpo como um dos direitos da personalidade não encontra fronteiras intransponíveis a partir da literalidade do artigo 13. A interpretação dos parâmetros até aqui analisados implica a compreensão de que a proteção pessoal disciplinada pelo Código Civil de 2002 é constituída de um rol não exaustivo de dimensões da dignidade. Sendo assim, a expressão constitucional de tais limites somente será revelada ou construída a partir da ponderação a ser feita no caso concreto entre aquelas dimensões que formam a proteção da vida digna. Finalmente, vale salientar que o equilíbrio dos interesses em conflito não poderá perder de vistas, como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, que: “na nossa ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece sempre os limites intransponíveis, para além dos quais há apenas ilicitude”³¹⁷

³¹⁷ BODIN DE MORAES, M. C., Recusa à Realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *Revista Forense*, n.343, p. 194, 1998.