

ENTRE LIBERDADE E SOLIDARIEDADE: PATERNALISMO JURÍDICO, DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA CORPORAL¹

Rodrigo Freitas²

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

Palavras chave: Autonomia corporal; paternalismo Jurídico; dignidade humana; direitos da personalidade;

¹ Trabalho premiado com o segundo lugar no concurso de Monografia no IAB/2017, categoria advogado

² Professor do curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor do CEPED/UERJ e dos cursos de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Mestrando em Direito Civil pela UERJ. Pós-graduado em Direito Imobiliário pela PUC-RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil e do Comitê Brasileiro da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Francaise* – AHC-Brasil. Advogado.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA BASE TEÓRICA: A METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL. 2.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3. A AUTONOMIA CONTRATUAL E O LEGADO OITOCENTISTA. 3.1. O PERFIL FUNCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA. 3.2. A AUTONOMIA CORPORAL COMO EXPRESSÃO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL. 4. O PATERNALISMO JURÍDICO: CONCEITO E ESPÉCIES. 4.1. ARGUMENTOS PRÓ E CONTRA O PATERNALISMO: ENTRE A DIGNIDADE COMO AUTONOMIA E A DIGNIDADE COMO HETERONOMIA. 5. OS PARÂMETROS DO ART. 13 DO CÓDIGO CIVIL: DIMINUIÇÃO PERMANENTE DA INTEGRIDADE FÍSICA, EXIGÊNCIA MÉDICA E BONS COSTUMES. 5.1. A QUESTÃO DOS TRANSEXUAIS. 5.2. TINA GORJANC E O DNA DE ALEXANDER MCQUEEN. 6. CONCLUSÕES

1.INTRODUÇÃO

A partir de um contexto de renovada inspiração humanista, o cenário jurídico atual encontra-se diante de um dos maiores dilemas contemporâneos: como fixar parâmetros para verificar a legitimidade das intervenções jurídicas na esfera privada existencial? A fim de buscar critérios para a solução desta problemática, o presente trabalho tem como ponto principal o exame do embate entre o paternalismo jurídico e a autonomia corporal. De um lado, afigura-se a autonomia privada, expressão do direito de liberdade na esfera privada. De outro, tem-se a intervenção paternalista, cujo objetivo é o de frear as práticas abusivas dos atos de autonomia, com base em um discurso de cunho protetivo, solidário e de fundo também constitucional. Muitas vezes, porém, tal intervenção, vem a se mostrar inadequada, despindo-se de qualquer suporte constitucional, a se voltar para uma desarrazoada limitação jurídica de posições subjetivas do direito de liberdade.

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

O item 2 se inicia com breve digressão no âmbito do “ter”, etapa em que se examina a concepção histórica de autonomia privada, segundo o projeto desenvolvido pela produção jurídica liberal oitocentista. Demonstrada a insuficiência do termo perante um contexto de prevalência do “ser”, que personaliza o sistema jurídico segundo os imperativos da legalidade constitucional, procurou-se sustentar que o ato de autonomia somente se afigura merecedor de tutela quando importar na promoção da personalidade. Após, examinou-se o conceito de autonomia corporal, espécie do gênero “autonomia existencial”.

O item 3 dedica-se ao estudo do paternalismo jurídico, de suas espécies e dos argumentos a favor e contra, a partir das noções de dignidade como autonomia e dignidade como heteronomia. No item 4, desenvolvem-se os parâmetros que delineiam os atos de disposição corporal a partir da leitura à luz da Constituição do artigo 13 do Código Civil. Ao final, debruça-se no exame de casos práticos que congregam situações nas quais o embate entre autonomia corporal e paternalismo jurídico se mostra presente. Examinam-se duas situações concretas, quais sejam: (i) a questão dos transexuais; e (ii) o caso da designer Tina Gorjanc.

2. DA BASE TEÓRICA: A METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

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

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

Em razão disso, pode-se afirmar que o formalismo jurídico, assim denominado por Pietro Perlingieri³, mostra-se fadado ao fracasso. O estudo puramente formal do direito, que privilegia a forma em detrimento do conteúdo, traz a pretensão de apreender e sistematizar o saber jurídico em lógica estritamente formal, com configuração, via de regra, estática e enclausurada aos seus próprios pressupostos. Acaba por neutralizar o ordenamento, fechando-o à objetivação da palavra, como se a norma extraída do dispositivo legal pudesse resultar de única e certa interpretação. Faz da linguagem entidade destacada da realidade social e, em consequente, distancia os institutos jurídicos da prática, de forma a fossilizá-los na categoria dos dogmas, isto é, em categorias ubíquas, subservientes à onipresença em todas as realidades de tempo e espaço⁴.

De outra banda, alerta o autor⁵ que a reação aos defeitos do formalismo não pode descambar para o excesso oposto, a sucumbir a força jurídica ordenadora diante da realidade prática. De acordo com essa noção teórica, o *dever ser* deixa de traduzir categoria inerente ao saber jurídico para perecer diante do *ser*. A ciência do Direito passa a se confundir com o caso concreto; o direito positivo, em si mesmo, inexistente. Nesta sede, considera-se a regra social expressão perfeita da autorregulamentação da sociedade, tida como a vanguarda salvadora contra o terror do formalismo. Porém, tal premissa ignora o fato de que as garantias formais resultam de conquistas fundamentais da democracia e da legalidade, de modo que sua total ruptura implica o fim de um regramento justo, uno e coerente.

No seio social convivem a realidade econômica, social, política, religiosa e etc. Se não houver quem as regre, a justaposição das realidades será mera utopia, de modo a revelar-se tão cruel quanto a ode ao formalismo. Como se pode inferir, em uma sociedade sem regras predefinidas, a lei do mais forte será aquela da realidade que melhor lhe aprouver. Cria-se, em antítese, patente “dogmatismo sociológico”. Inadmissível, verdadeira negação da força transformadora do direito.

³ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 6 e 7, 1998/1999, pp. 64-65.

⁴ O formalismo jurídico é característica central da chamada “jurisprudência dos conceitos” ou “Pandectística”, cuja origem remonta à Alemanha do século XIX, “em que a falta de unidade política inviabilizava a construção de uma legislação codificada, nos moldes do Code dos franceses, o que conduziu a doutrina a centrar seus esforços sobre o tratamento formal dos conceitos clássicos e a descrição neutra dos princípios. (KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*. Paraná, v. 60, n.1, jan./abr.2015. p. 196).

⁵ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit, pp. 64-65.

Desse modo, os excessos, sejam para um lado, sejam para o outro, se mostram insuficientes porque ignoram a realidade inexorável entre fato jurídico e fato social⁶. Trata-se de dois elementos em constante dialética, a traduzir componentes de uma realidade unitária⁷. A ciência jurídica, condicionante da sociedade e condicionada pelos almejos sociais⁸, cuida, portanto, de convalidar, por intermédio do repensar em convicções aparentemente estáticas, a dinâmica necessária à renovação da *práxis*, sem que, ao mesmo tempo, se comprometa a força ordenadora (e promocional) do direito.

A escola de Direito Civil-Constitucional⁹, marco teórico do presente trabalho, bem encadeia tais premissas. Na esteira da doutrina de Claus Wilhelm Canaris¹⁰, concebe-se o ordenamento jurídico como sistema, informado pela ordem teleológica e axiológica de valores, positivados por princípios jurídicos.

Por tal razão, diz-se que o ordenamento é aberto¹¹. Naturalmente, tais valores encontram-se inseridos dentro de textos extremamente vagos, tendo um conteúdo propositalmente indefinido, o que lhes possibilita exercer a função de *standards* de conduta,

⁶ "(...) o direito existe sempre 'em sociedade' (situado, localizado) e (...) as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais" (HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13).

⁷ Registre-se que a valoração da lei a partir do seu exercício prático revela que fato social e fato jurídico não são distinguíveis entre si. Ou bem a relação concreta é fato jurídico ou bem não se está diante de fato. Não há fato social que não interesse ao direito, já que a vida em sociedade é condicionada por ele. Neste sentido, "os chamados fatos 'juridicamente relevantes', na verdade, ou são fatos relevantes (como exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos. A respiração de uma formiga não é um fato juridicamente irrelevante: simplesmente não é um fato". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, p. 640).

⁸ "Ciência e praxe, norma e fato, longe de se confundirem, operam em planos distintos, mas convergentes, em uma contínua, indeclinável dialética que é vital para evidenciar – não a sua contraposição, mas – a sua complementariedade. O conhecimento jurídico não tende a descobrir a verdade e a solução absoluta, além do mais não verificável, mas aquela mais idônea às escolhas predeterminadas, expressas em regras convencionais que, no seu fluxo histórico, constituem o filtro da experiência geral em contínua verificação, em contato com os singulares fatos concretos". (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 82).

⁹ Sobre os pressupostos delineadores da escola v. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. pp. 3-20; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós – 1988 e do constitucionalismo de hoje. In: *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281 e SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 5-24.

¹⁰ V. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

¹¹ A propósito, Pietro Perlingieri resume o ora exposto: "O ordenamento não constitui um sistema imóvel, fechado entre os confins de sua completeza formal e linguística, mas um sistema aberto e sensível à mudança dos fatos e da história, resultado de uma contínua, incessante obra do conhecimento científico amparado por uma investigação empírica que não se limita a operar com símbolos, mas com fatos, isto é, com conteúdos verificáveis. (PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit., p. 82). Idem, CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. Cit., p. 281).

plenamente modeláveis à dinâmica fugaz da realidade social¹². E daí decorre a noção de historicidade e relatividade dos institutos¹³, a qual congrega a premissa de que os instrumentos jurídicos, embora permaneçam nominalmente idênticos, desempenham funções que se alteram com o transcorrer das experiências históricas.

A Constituição da república, por sua vez, traduz o documento que reúne a positivação dos valores fundantes do ordenamento. Situa-se no ápice da ordem jurídica, de modo a conferir unidade interpretativa à complexidade de fontes normativas presentes no sistema¹⁴, sem prejuízo de sua incidência “direta” ao caso concreto, na omissão ou não de uma disciplina de regência objetiva¹⁵. Desse modo, mostra-se apta a oxigenar a normativa infraconstitucional com os ares de sua tábua axiológica, de forma a destampar os dutos de comunicação entre sistema e *práxis*, outrora obstruídos pela ode ao dogmatismo (formal ou social).

Nesta perspectiva, as normas contidas na Constituição – voltadas, sobretudo, para uma perspectiva humanista – passam a se sobrepor às rígidas disposições do Direito Civil, enraizadas historicamente no individualismo e na regulação de direitos patrimoniais. E, com base nessa linha, adequado afirmar que os até então dogmas civilistas, consubstanciados no tripé propriedade, família e contrato¹⁶, atualmente só se mostrarão dignos de tutela se o seu

¹² Segundo Pietro Perlingieri, da influência recíproca entre direito a *práxis* derivam os seguintes consectários: “a) historicidade da *societas* e historicidade do *ius* são um todo único; b) o *ius* coincide com a *societas* sem exaurir-se na pura normatividade; c) o *ius*, que justamente pode se definir totalidade da experiência jurídica, é, como qualquer totalidade, necessariamente complexidade; d) a complexidade do *ius* exige que a sua análise não perca a sua necessária unidade; e) tal unidade conceitual é síntese individual somente na efetividade da sua aplicação. (*O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 194)

¹³ “Uma visão moderna, que queira analisar a realidade sem enclausurá-la em esquemas jurídico-formais, requer uma funcionalização dos institutos do direito civil que responda às escolhas de fundo operadas pelos Estados contemporâneos e, em particular, pelas suas Constituições. Dever do jurista e, especialmente do civilista, é ‘reler’ todo o sistema do código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais e comunitários, de forma a individuar uma nova ordem científica que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea. É necessário desancorar-se dos antigos dogmas, verificando sua relatividade e sua historicidade”. (PERLINGIERI, Pietro. Op. cit. p. 137-138).

¹⁴ A esse respeito, confira-se: “O que o direito civil-constitucional propõe é justamente o oposto dessa fragmentação em microssistemas: a (re)unificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo a que cada lei especial seja interpretada e aplicada em conformidade não com uma sua “lógica própria”, mas em conformidade com o projeto de sociedade traçado pelo constituinte. Não se trata tão somente de reconhecer a Constituição como centro formal do qual irradiam leis especiais (...) mas de atribuir aos valores constitucionais uma primazia substancial na interpretação e aplicação das leis especiais, que não devem ser tomadas como sistemas autônomos”. (SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 14). V. TEPEDINO, Gustavo. Unidade do ordenamento e teoria da interpretação. *Editorial da revista trimestral de Direito Civil*, v. 30, p. iv. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun., 2007;

¹⁵ “Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11).

¹⁶ “Os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como

escopo for o de promover os valores referenciais da Constituição, razão pela qual deve ser superada a clássica dicotomia entre o Direito Público e Direito Privado, nos termos tradicionalmente postos¹⁷.

Desta unidade aberta cria-se o arquétipo necessário para enfrentar a dialética apresentada. Torna-se possível encarar a relatividade da realidade sem esquecer a normatividade da regra jurídica. Constrói-se, a um só tempo, sistema estável e coerente na forma, mas animado pela interação constante com novas realidades. Nas palavras de Luiz Edson Fachin, tem-se verdadeira “teoria do desassossego”, e não das certezas prontas e acabadas. Trata-se de uma construção que busca “haurir o legado do pretérito, reconstruindo-o para o porvir”¹⁸.

Sob esta ótica, ressalte-se, então, que a resolução dos casos práticos – dos mais triviais até os mais difíceis (*hard cases*)¹⁹ – advirá do resultado de prévia ponderação de interesses à luz da qualificação das circunstâncias fáticas²⁰, com vistas à realização de algum valor maior presente no sistema. Consta-se, nessa toada, que a elaboração do *ordenamento do caso concreto* revela atividade criativa do magistrado – muito mais complexa do que a mera subsunção do corpo abstrato ao corpo concreto²¹. Se, por um lado, essa construção demonstra

organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas”. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 12-13). V. também em CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

¹⁷ Segundo lições de Pietro Perlingieri: “A carta Constitucional representa o momento da realidade interna do ordenamento Jurídico. Significa que não é mais possível distinguir o Direito Constitucional do Direito Civil, que não é mais possível se falar em Direito Público e em Direito Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmo valores e os mesmos princípios fundamentais para todo o sistema”. (PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais ... p. 66). Sobre o tema, v. tb., GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. In: *Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Revista dos tribunais, v.747, p. 35-55, jan.1998; SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 239-257, abr./jun. 2005.

¹⁸ Prefácio à obra de: FACHIN, Luiz Edson. Op. Cit., p. viii.

¹⁹ Vale ressaltar que os casos tidos como “difíceis” não são aqueles cujas soluções advêm “apenas de princípios e não de regras”. Na linha aqui defendida, o caso reputa-se “difícil” porque, enquanto na maioria das relações jurídicas o recurso a princípios permite identificar a posição ilícita ou abusiva a ser repreendida, nos *hard cases* não há contrariedade patente a ser reprimida. Nestes últimos, os atos em colisão são lícitos e não abusivos. Desse modo, cabe ao intérprete avaliar qual dos dois interesses que, em concreto, mais promove os valores do ordenamento, para que, assim, possa ser possível negar tutela a um em defesa de outro.

²⁰ No mesmo sentido, Gustavo Tepedino: “Mesmo quando aparentemente o magistrado aplica somente uma regra, de linguagem clara e direta, vale-se a rigor de cada uma das normas que convivem unitariamente no ordenamento, reclamando coerência e inter-relação normativa; e especialmente dos princípios que lhe dão fundamento, respeitada a hierarquia constitucional. Por isso, e a despeito da dificuldade em estabelecer a fronteira entre casos não se pode considerar a ponderação como expediente constitucional, a ser utilizado em hipóteses extremas, quando não fosse possível a aplicação mecânica das regras, sob pena de se subverter a hierarquia do ordenamento”. (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades*, ... p. 5).

²¹ Objeto de agudas críticas pela doutrina civilista, tal procedimento ignora, a um só tempo, (i) a unidade entre a interpretação e a aplicação do direito na relação entre normatividade e praxe; (ii) a abertura, historicidade e relatividade do sistema e (iii) a textura aberta da linguagem, em pretensão científica de perfeição e definitividade. Em contramão, portanto, verifica-se que a qualificação dos contratos deve se desenvolver pelo elemento causal, a

que o juiz deixou de ser *la bouche de la loi* (a boca-da-lei), preso às amarras da literalidade do texto legislativo, por outro, pode levar ao arbítrio e à insegurança jurídica, caso a decisão resulte (não já da adequada interpretação do sistema jurídico, mas) da subjetividade do magistrado. Daí a necessidade de o intérprete se valer de elementos da teoria da argumentação para demonstrar aos destinatários da norma²², de forma clara, detalhada e objetiva, o *iter* procedimental percorrido e os parâmetros norteadores da decisão²³ à luz da legalidade constitucional²⁴.

2.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os valores que permeiam o ordenamento atual, sem dúvida, assume grande importância o princípio da dignidade da pessoa humana. Este confere unidade axiológica à Constituição, demonstrando-se como o fundamento máximo da República e o vetor central do sistema. Impõe a proteção integral da pessoa humana, a alcançar todos os setores da ordem jurídica e a valer-se como o fim a que se destina o ordenamento. Por essa razão, consagra-se como valor no qual a ordem jurídica passa a se apoiar e a se constituir, servindo como o principal critério material para a ponderação de interesses quando da colisão de valores no caso concreto²⁵.

partir do qual se afere a síntese dos efeitos jurídicos essenciais do negócio celebrado e se individua a disciplina incidente, sem que se descure do controle axiológico sobre o ato de autonomia. V. TEPEDINO, Gustavo. O caso da subsunção. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 444.

²² V. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, 2016, p. 29-30

²³ “(...) a superação da aplicação mecânica não pode funcionar como pretexto para se conferir ao magistrado carta branca para decidir, de acordo com suas concepções pessoais, mediante inovação genérica de algum princípio constitucional que ele acredite amparar sua própria e individual versão de justiça. (...) A constatação de que vivemos em uma era de incertezas e de que o mecanismo de aplicação do Direito é guiado por uma lógica informal não permite abrir mão da segurança jurídica. A previsibilidade das decisões judiciais é também uma questão de justiça, pois decorre da necessária coerência e harmonia que devem caracterizar o sistema. (...) [por isso] a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas, ao contrário, impôs um limite interno – metodológico – a exigência de fundamentação (argumentativa) da sentença”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, p. 27-28, out./dez., 2013). No mesmo sentido.

²⁴ Dessa forma, o constituinte derivado, a partir da emenda constitucional 45/2004, procurou alçar o dever de fundamentação das decisões judiciais ao patamar constitucional (Art. 93, IX, CF²⁴). Essa exigência passou a ser pressuposto de validade da decisão, de modo a servir como parâmetro de controle do exercício legítimo da discricionariedade judicial.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 196. Ainda, a professora Maria Celina Bodin de Moraes: “(...) O fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, a priori, em favor do conceito de dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 85).

A noção de dignidade humana como valor inerente de cada indivíduo tem origem no cristianismo, de acordo com o postulado de que todos os seres humanos foram criados à imagem e semelhança de Deus. Contudo, foram os processos de racionalização e dessacralização ocorridos durante os séculos XVII e XVIII que possibilitaram a construção kantiana de dignidade fundamentada na autonomia ética do ser humano²⁶. Na sua “Crítica da razão prática”²⁷, datada de 1788, Immanuel Kant reassentou a questão da moralidade em novas bases, resumidas, em última instância, no que ele denominou de "imperativo categórico".

Tal postulado, conforme as lições do filósofo, impõe que o ser humano seja visto como um fim em si mesmo. Significa dizer que todas as normas decorrentes da vontade legisladora precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana²⁸.

Passo adiante, foi após a Segunda Guerra Mundial que os postulados kantianos vieram a se consolidar juridicamente. Em virtude das graves crises econômicas ocorridas na primeira metade do século XX, as quais mitigaram a política liberal de não intervencionismo estatal e, principalmente – em razão dos esforços para superação das atrocidades cometidas pelo nazifascismo²⁹ – a comunidade internacional passou a se incumbir da tarefa de criar meios referenciais de proteção ao ser humano³⁰.

Surgiram, assim, variados documentos nacionais e internacionais que delinearam o conceito e a proteção da noção de dignidade. Por exemplo, uma das mais emblemáticas declarações de direitos humanos³¹, a Declaração Universal da ONU de 1948, consignou em seu

²⁶ DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: interpretação do art.13 do Código Civil brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 48

²⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2016;

²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: op. cit., p. 81.

²⁹ Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes: "O Século XX foi profundamente marcado por duas grandes guerras, pelos horrores efetivamente praticados pelo Estado constituído, especialmente durante a vigência da ideologia nazista. Sua política de racismo, destruição e morte, assegurada por lei, consentiu que fossem ultrapassados limites até então intransitados, e provocou, como reação, a necessidade de concreta efetivação dos direitos humanos, subjazendo, *ex novo*, a ideia de que o direito ou é humano ou não é direito. Não por acaso se considera que o fim da modernidade coincide com o término da segunda guerra mundial. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. pp. 33-54)

³⁰ Assim, Canotilho observa que é em face das experiências históricas de violação da natureza própria de pessoa, como ocorre em regimes totalitários, que a dignidade da pessoa humana ganha sentido republicano, ou seja, impõe que o sujeito seja reconhecido como limite e fundamento da República. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa permitirá assentar a ideia de pluralismo, através de uma configuração constitucional inclusiva de onde se extrai a harmonia entre o indivíduo e a coletividade através do respeito à diversidade multicultural. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina. p. 225).

³¹ “Como se sabe, o próprio conceito contemporâneo de “direitos humanos” é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento é atribuído às violações ocorridas na época e à crença de que parte delas poderia ter sido

artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. E desde então a ideia de dignidade inerente ao homem está presente³² em todos os diplomas, tratados, convenções, assim como na maioria das cartas constitucionais dos Estados democráticos³³. Com efeito, a noção de uma proteção real e irrestrita ao ser humano, pautada na dignidade humana, passou a ganhar expressão jurídica de destaque.

No direito brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Considerando a sua proeminência, proclamou-a entre os princípios fundamentais do sistema³⁴.

Contudo, dada a sua natureza aberta, tal noção permite ser ampliada em infinitas conotações, o que, a toda evidência, pode trazer riscos de generalização absoluta e esvaziamento do conceito. Sendo assim, coube à doutrina dar maior densidade jurídica ao termo, tratando-se de forjar molduras ao conceito. O consenso alcançado foi aquele referente à sua natureza aberta, pelo que qualquer tentativa de conceituação jamais alcançará a pretensão de exaurir todas as suas potencialidades³⁵.

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

"O substrato material da dignidade deste modo entendido se desdobra em quatro postulados: (i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; (iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação;

prevenida se um sistema de proteção internacional já existisse, o que motivou a mobilização em torno da incipiente ‘Sociedade das nações’ e de sua transformação na atual Organização das Nações Unidas”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamís. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*. Fortaleza, v. 19, n. 3, set./out, 2014. p. 789).

³² Nesse sentido, tem-se a Constituição Italiana de 1947 que consignou que "*todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei*"; a Lei Fundamental de Bonn, 1949, que seria o primeiro diploma a colocar a dignidade da pessoa humana "em termos mais incisivos": Art 1, 1 - *A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais*; A Constituição Portuguesa de 1976, que coloca a Portugal como uma República "*baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular [...]*", seguindo a mesma linha a Constituição Espanhola de 1978. Também a União Europeia, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consigna a inviolabilidade, o respeito e a proteção à dignidade do ser humano.

³³ DALSENTER, Thamís. Op. cit. p. 50.

³⁴ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

³⁵ “Há casos em que a dignidade é explicitamente desrespeitada seus mais notórios e frequentes exemplos. Essa relativa facilidade para categorizar condutas que ferem a noção de ser humano, como a medida de todas as coisas, não abarca, todas as hipóteses de observância do princípio”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamís. Op. cit. p. 790).

(iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade"³⁶.

Por meio deste esquema, o princípio passou a ser fundamentado não só sobre a ótica da igualdade formal³⁷, mas também sobre o viés da igualdade material³⁸. Tal medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. A isonomia passa, assim, de mera abstração formal construída pela lei, para uma igualdade em concreto, consagrada a partir da exigência de equilíbrio entre as nuances daquilo que deve ser diferenciado quando a igualdade descaracteriza (direito à diferença) e daquilo que deve ser igualado quando a diferença inferioriza³⁹.

Da mesma forma, as liberdades individuais, antes orientadas por uma ótica negativa, cuja *ratio* imprimia tão somente a não intervenção do Estado no comportamento individual, congrega também matiz positiva, cuja essência impõe a participação social e estatal no sentido de não só permitir, mas também de orientar, auxiliar e promover o mais amplo desenvolvimento da personalidade do sujeito de direito⁴⁰.

³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85

³⁷ Neste sentido, a Declaração de Independência Norte-Americana de 1776: "Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade". Da mesma forma, a burguesia Francesa, recém liberta dos grilhões absolutistas, assim conclamava na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum".

³⁸ Obrigatória a referência ao magistério de Rui Barbosa, apoiado em Aristóteles, na sua *Oração aos Moços*: "A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real" Disponível: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 20.10.2015.

³⁹ Assim, Boaventura de Sousa Santos "Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades" (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56)

⁴⁰ "A dignidade é dado concreto, aferível no atendimento das necessidades que propiciam ao sujeito se desenvolver com efetiva liberdade – que não se apresenta apenas em um âmbito formal, mas se baseia, também, na efetiva presença de condições materiais de existência que assegurem a viabilidade real do exercício dessa liberdade" (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 35, p. 108-109, jul./set. 2008).

Nesta esteira, amplia-se também o conceito jurídico de integridade física, que passa a expressar não só a vedação a tortura e lesões corporais, como também o esforço no sentido de permitir verdadeira autodeterminação corporal. Seja por meio da abertura de uma redoma individual de livre disposição do próprio corpo, seja pela facilitação de meios que permitam a construção do corpo desejado nas suas múltiplas e infinitas facetas⁴¹.

A integridade conduz à compreensão de duas categorias inseparáveis: o corpo e a mente. Passa-se a vê-los de maneira global, a superar a concepção dualista de pessoa, consagrada no seio da era moderna⁴². Chega-se, desse modo, a noção mais ampla, denominada de integridade psicofísica⁴³.

Por fim, em meio às exigências do livre desenvolvimento da personalidade, cumpre aduzir que estas se concretizam (não já em uma conjuntura de isolamento - de acordo com a figura do mítico *homo cláusus*, mas sim) a partir de um contexto social, que constrói e reconstrói a identidade do ser a partir da convivência com o outro (alteridade)⁴⁴.

O princípio constitucional da solidariedade prega, desse modo, pelo reconhecimento da importância do todo na construção da personalidade humana⁴⁵. Mais do que um direito, importa falar num respeito à diferença, capaz de possibilitar a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, por meio do reconhecimento do que as distingue e do que as une: no caso, a igual quota de dignidade de todas as pessoas humanas⁴⁶.

⁴¹ V. CICCIO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, n. 2, abr.-jun., 2013, pp.1-24. Disponível em: <http://civilistica.com/?s=atos+de+disposi%C3%A7%C3%A3o+do+pr%C3%B3prio+corpo>. Acesso em: 28/07/2017;

⁴² V. *infra*.

⁴³ Desta forma, Pietro Perlingieri: (...) a integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da pessoa humana. A tutela de uma desses perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, utilizável para cada um de seus aspectos. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil...* p. 157)

⁴⁴ "O ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa de outro(s) para existir (rectius, coexistir). A concepção outrora dominante teve, longo tempo, o homem como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu mundo interior, como se fosse uma ilha: era o chamado *homo clausus*. Esta concepção foi abandonada em prol da compreensão a ela oposta, aquela segundo a qual o indivíduo existe enquanto em relação com outros (o sentido da alteridade) e como o mundo a ele externo." (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. In: Op. cit, p. 247). "No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares. Essa distinção singular vem à tona no discurso e na ação. Através deles, os homens podem-se distinguir-se, ao invés de permanecerem apenas diferentes; a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens" (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 189).

⁴⁵ V. BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: Uma questão de igualdade. In: Thiago Ferreira Cardoso Neves. (Org.). *Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. 1ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013;

⁴⁶ *Ibid.* p. 244.

E, assim, de acordo com essa perspectiva, fez-se da unidade de um fim abstrato uma pluralidade de meios palpáveis no caso concreto. No particular do direito ao próprio corpo, situado na esfera de autonomia corporal, tal transformação permitiu verdadeira ampliação de sua tutela. Diante disso, faz-se mister entender como que se desenvolveu a questão da autonomia corporal no âmbito do direito ao próprio corpo e como ela é trabalhada atualmente, para que, por fim, seja possível dar um contorno constitucional ao paternalismo jurídico, que, em essência, visa justamente a limitar tal prerrogativa.

3. A AUTONOMIA CONTRATUAL E O LEGADO OITOCENTISTA

As várias dificuldades de se estabelecer os contornos atuais da autonomia existencial decorrem, substancialmente, da noção de autonomia privada delineada pela produção jurídica liberal dos séculos XVIII e XIX. À época dos códigos oitocentistas, a autonomia privada representava a mais absoluta superação dos grilhões absolutistas. Em postura servil ao *code* de 1804, cânone normativo dessa libertação, a autonomia se materializava na (aparente) possibilidade de o indivíduo isolar-se no âmbito da propriedade, do contrato e da família, para ali desenvolver o gerenciamento de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouvesse.

Neste contexto, a vontade encontrava-se nitidamente vinculada à lógica patrimonial. Centralizava-se a tutela, tão somente, no objeto da transação, relegando-se as características de quem se inseria dentro da relação jurídica. Enquanto tal, o indivíduo, elemento abstrato do direito civil tradicional, só se via acolhido de tutela jurídica quando identificado pela alcunha do sujeito proprietário, sujeito contratante ou do chefe de família. Erigia-se, assim, o “individualismo possessivo”, que condicionava a tutela jurídica da pessoa ao papel desempenhado pelo sujeito na sociedade.

A ideia de autonomia privada, à época, confundia-se essencialmente com a noção de autonomia contratual, expressa como garantia pré-jurídica, livre de qualquer restrição ou condicionamento, que viabilizava a transmissão de bens e o funcionamento da vida econômico-social⁴⁷. Concebia-se o conceito como unidade normativa isolada, a ser restringida, apenas, de forma quantitativa por normas de ordem pública.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, 2014, pp. 8-38. Disponível em https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume1/rbdcivil-volume-1-doutrina_001.pdf;

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

Tudo isso porque a patrimonialidade era erigida como valor em si, alçada como princípio fundamental de um sistema que tinha como pressuposto o ideal liberal burguês de circulação de bens e acumulação de riquezas sem qualquer ingerência estatal. Nesse contexto, aqueles que estavam à margem deste sistema, sem condições financeiras ou qualquer tipo de conhecimento técnico, acabavam se inserindo dentro destas relações não por conta de uma vontade livre, mas sim por necessidade, submetendo-se a condições muitas vezes degradantes para sua dignidade. Quem contratava por necessidade, portanto, não era livre. Por tais razões, viu-se que a autonomia privada, enquanto sustentada exclusivamente pela patrimonialidade, traduzia verdadeira lógica de exclusão e desigualdade fática, o que culminou na sua releitura pela sistemática jurídica atual.

3.1. O PERFIL FUNCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA

Atualmente, tendo por base a constitucionalização do Direito Civil, o ato de autonomia encontra-se funcionalizado à dignidade da pessoa humana. Alçados os valores existenciais ao ápice do sistema, à autonomia privada se confere redoma de liberdade para que o indivíduo realize a emancipação de sua personalidade⁴⁸. Tutela-se, desse modo, o sujeito de direito, concretamente considerado pelo que é⁴⁹.

Com efeito, permite-se afirmar que, a partir do texto Constitucional, toda e qualquer relação jurídica em que o sujeito se inserir, seja pública, seja privada, seja patrimonial, seja extrapatrimonial, terá como norte o fim único e exclusivo de proteção da pessoa humana. Essa

⁴⁸ Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira: “O princípio da autonomia privada escora-se no direito fundamental à liberdade, englobando seus mais diversos aspectos, inclusive o de fazer escolhas no âmbito da própria vida, o que é essencial para a efetivação da dignidade humana e para o livre desenvolvimento da personalidade”. (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 33, p. 5-32, jan./mar. 2008).

⁴⁹ Neste sentido, Gustavo Tepedino: “Neste renovado direito Civil interpretado à Luz da Constituição, abandona-se a noção de pessoa humana como sujeito de direitos abstrato, anônimo, e cuja importância se associava exclusivamente à capacidade patrimonial. Atenta-se, isso sim, para a sua qualificação na relação jurídica concreta em que se insere, levando-se em consideração o valor social da sua atividade. A pessoa humana, portanto, qualificada de acordo com a sua realidade específica, e protegida pelo ordenamento segundo seu grau de vulnerabilidade em concreto, torna-se categoria central no direito contemporâneo.” (TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito e justiça social*, São Paulo: Atlas, 2013. p. 258). V. RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007;

mudança de paradigma, verdadeira personalização do direito civil, rompe com o individualismo de outrora, de modo a “despatrimonializá-lo”, sem, no entanto, frise-se, trazer no seu bojo o esvaziamento da tutela dos interesses patrimoniais. Trata-se, na realidade, de apor os direitos patrimoniais dentro de uma ordem de preferência, em que eles, antes um fim em si mesmo, passam a traduzir instrumentos de realização existencial⁵⁰.

Para concretizar tal ideia, faz-se necessário analisar as relações e os institutos jurídicos com base no perfil funcional⁵¹. Necessário assumir que a dignidade humana impõe a funcionalização do sistema, sendo primordial localizar nas situações patrimoniais a função existencial por ela revelada.

Ainda, em uma sociedade que defende a coexistência harmônica, livre, justa e solidária, importa considerar, também, situações que vão além da pessoa, cujos efeitos atinjam terceiros determinados ou indeterminados.

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

Nessa ordem de ideias, para se determina os limites do ato de autonomia, deve-se analisá-lo como instrumento jurídico dinâmico, à luz do seu exercício concreto e por meio de juízo de merecimento de tutela⁵². Não se poderá balizar a vontade apenas por juízos de licitude ou ilicitude, isto é, por limitações quantitativas, de cunho estrutural, mas sim por meio de juízo

⁵⁰ Nesta linha, Maria Celina Bodin de Moraes e Thamis Dalsenter afirmam: “Cumprе ressaltar que despatrimonializar não significa esvaziar a carga valorativa da tutela dos interesses patrimoniais, mas sim funcionalizá-la de modo que sejam asseguradas as condições materiais para o desenvolvimento da personalidade. O perfeito equilíbrio dessa nova equação depende de uma troca essencial de papéis: a patrimonialidade deixa de ser um valor em si mesmo, passando a ser um instrumento para a realização dos interesses pessoais e sociais, de tal maneira que o personalismo assume o lugar de valor fundamental de todo o ordenamento jurídico”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamis. Op. cit. p. 793).

⁵¹ “No âmbito dos negócios jurídicos, a funcionalização da autonomia privada pode ser apreendida não apenas sob esta perspectiva mais conceitual e principiológica, como também em um viés mais concreto e técnico. A funcionalização, neste sentido, significa no exame de um fato jurídico, privilegiar o perfil funcional – os efeitos buscados, o fim almejado – em detrimento do perfil meramente estrutural, por aquele é o mais adequado para individuar os interesses que as partes buscam realizar e tutelar. Ela claramente não despreza a análise da estrutura, pois esta é ponto de partida para qualquer hermenêutico, mas não se atém aos elementos componentes do instituto, indo procurar também nos efeitos buscados, na finalidade perseguida, o regime normativo aplicável àquele negócio”. (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32).

⁵² Como ensina Pietro Perlingieri: “Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela. [...] não basta, portanto, em negativo, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, em positivo, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica dos valores, como coerente desenvolvimento de premissas sistemáticas

qualitativo, em cujo objetivo esteja a avaliação do merecimento de tutela da vontade, a partir dos contornos impostos pela dignidade humana e das especificidades do caso concreto.

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

Com efeito, não se mostra possível insurgir-se com um discurso unitário acerca da autonomia privada, como se tal ostentasse viés meramente patrimonial. Deve-se, ao revés, instituir instrumentos distintos de tutela para os atos de autonomia, a depender do contexto em que se inserem. Ora podem se situar em relações jurídicas patrimoniais, ora em existenciais, ora em situações dúplices⁵³. Somado a isso, as vicissitudes da relação jurídica travada demonstrar-se-ão distintas em cada caso, de modo que as condições pessoais, econômicas, culturais e etc. daqueles que nela se inserem deverão ser levadas em conta para a qualificação e o balizamento do ato.

No tocante à autonomia existencial, cuja esfera de liberdade destina-se ao exercício de atributos da pessoa humana, tais como os direitos da personalidade, direitos de família e etc., percebe-se vinculação imediata com a dignidade da pessoa humana. Já no tocante à autonomia contratual, evidencia-se que esta será legítima apenas quando se conformar aos imperativos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Dito de outro modo, dentro das situações patrimoniais, a legitimidade do ato de autonomia terá de realizar necessariamente uma função

colocadas no Texto Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam. Por conseguinte, nem todo ato ilícito é merecedor de tutela. A simples licitude exime, em regra, somente a responsabilidade”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: ...* pp. 92-93). E, no particular da autonomia privada, segue o autor: “Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão do direta do ato e de seu significado constitucional. A atenção se desloca do dogma da autonomia ao ato a ser avaliado, não só isoladamente, mas, no âmbito da atividade exercida pelo sujeito. O juízo de valor deve ser expresso sobre a iniciativa concreta, verificando, em uma visão procedimental, entre outras coisas, o exercício da iniciativa na concatenação dos atos e se o ato e os instrumentos usados para alcançar o resultado perseguido são adequados.”.(Ibid. pp. 280-281).

⁵³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, e KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN; Luiz Edson (Coords). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. pp. 3-24.

social, enquanto que nas existenciais, bastará, consoante a doutrina, apenas a função pessoal (se a ela puder se atribuir algum tipo de função)⁵⁴.

3.2. A AUTONOMIA CORPORAL COMO EXPRESSÃO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL

Define-se a autonomia corporal como a capacidade de autodeterminação da pessoa em relação ao seu próprio corpo⁵⁵. Trata-se de espécie do gênero “autonomia existencial” acima referido. Contudo, durante a vigência do Código Civil de 1916, permeado, sobretudo, pelas luzes do individualismo liberal oitocentista, ignorava-se o corpo na sua singularidade. Naquela conjuntura, apenas o Código Penal o tratava como bem jurídico singular.

Atualmente, porém, tutela-se o corpo como atributo inerente à pessoa humana⁵⁶, objeto de fluxo contínuo de mudanças – livre de tabus⁵⁷ – e instrumento de suma importância para a autorrealização existencial⁵⁸. Tal transformação foi disciplinada no Código Civil de 2002, dentro do capítulo referente aos direitos da personalidade⁵⁹ (arts. 11 ao 21). Porém, em que pese

⁵⁴ V. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. pp. 146-147.

⁵⁵ DALSENTER, Thamís. Op. cit., p. 66.

⁵⁶ “De fato, o corpo se tornou o lugar da identidade pessoal. Sentir vergonha do próprio corpo seria sentir vergonha de si mesmo. As responsabilidades se deslocam: nossos contemporâneos se sentem menos responsáveis do que as gerações anteriores por seus pensamentos, sentimentos, sonhos ou nostalgias; eles os aceitam como se lhes fossem impostos de fora. Em contraposição, habitam plenamente seus corpos: o corpo é a própria pessoa. Mais do que as identidades sociais, máscaras ou personagens adotadas, o corpo é a própria realidade da pessoa”. (PROST, Antoine. *Fronteiras do espaço privado*. In: _____; VINCENTE, Gérard (orgs.). *História da vida privada: da primeira guerra aos nossos dias*. v.5. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. pp. 89-90)

⁵⁷ Na Idade Média, v.g, o tabu envolvendo o uso do corpo foi o caminho para o controle da própria subjetividade humana: “As manifestações sociais mais ostensivas, assim como as exultações mais íntimas do corpo, são amplamente reprimidas. É na Idade Média que desaparecem, sobretudo, as termas, o esporte, assim como o teatro herdado dos gregos e dos romanos. (...) Mulher diabolizada; sexualidade controlada; trabalho manual depreciado; homossexualidade no princípio condenada, depois tolerada e enfim banida; riso e gesticulação reprovados; máscaras, maquiagem e travestimento condenados; luxúria e gula associadas (...). O corpo é considerado a prisão e o veneno da alma. (LE GOFF, Jacques; TRUONG, Nicolas. *Uma história do corpo na idade média*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 37). V. Tb. BARBOSA, Maria Raquel; MATOS, Paula Mena; COSTA, Maria Emília. Um olhar sobre o corpo: o corpo ontem e hoje. *Psicologia & Sociedade*, 23(1), a. 2011, pp. 24-34;

⁵⁸ “Assim, o corpo passa a figurar no direito privado de forma completamente distinta: de um lado, um corpo que não poderá ser maculado por terceiros, sob pena de reparação dos danos sofridos; de outro, passa a ser protegido, inclusive, das investidas lesivas de seu titular. Isso significa que a integridade psicofísica passa a ser objeto de tutela civil, e não apenas penal, de modo que, se a autolesão não pode sofrer a penalização, deverá, por seu turno, ser condicionada aos imperativos protetivos da personalidade na esfera civil”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamís. Op. cit. p. 797).

⁵⁹ Os direitos da personalidade podem ser definidos como os direitos reconhecidos ao indivíduo, insuscetíveis de avaliação pecuniária, oponíveis à coletividade e ao Estado, os quais expressam um conjunto de atributos inerentes a pessoa humana e cujo objeto são os diversos aspectos do próprio sujeito no seu aspecto, físico, intelectual e moral. Para fins de organização podem ser separado em dois grupos, os quais abrangem os (I) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (II) direitos à integridade moral, onde se inserem os direitos à honra, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome, dentre outros.

inédita, não se encontra imune a críticas. Mostrar-se-ia leviano crer que um tímido rol de 11 artigos pudesse regular *in totum* as múltiplas e infinitas facetas de um ser individual e plural, a um só tempo.

Por isso, os direitos da personalidade, gênero do qual o direito ao próprio corpo traduz espécie, não se resume às disposições taxativas do Código. Na verdade, a regulação conferida pela lei civil encerra rol meramente exemplificativo, especificando os efeitos mais agudos da personalidade humana nas relações civis. Na sua real extensão, tais prerrogativas revelam-se elásticas, tendentes a abranger um sem número de hipóteses, muitas vezes não previstas (nem previsíveis) pelo legislador⁶⁰.

Em decorrência dessa assertiva, adequado afirmar que os direitos da personalidade não se enclausuram em tímidas *fattispecies* autônomas e incomunicáveis entre si, tais como expressas na literalidade do Código Civil. Importante, na verdade, concebê-los como valor, fragmentado dentro do Código, mas dotado de ductilidade e adaptabilidade à luz do Ordenamento⁶¹, dada a unidade de proteção atribuída ao sujeito de direito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade⁶².

Nessa esteira, a personalidade não se reduz a um elenco de direitos subjetivos típicos, tal como o exposto pela lei civil. Na realidade, traduz-se em uma infinidade de situações jurídicas subjetivas; ora como um poder jurídico, ora como direito potestativo autoridade

⁶⁰ “A propósito dos Direitos da Personalidade, um de seus aspectos mais interessantes – e problemáticos – consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses precisam ser encarados como uma categoria aberta”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.p.127).

⁶¹ Nesse sentido, as lições de Pietro Perlingieri acerca da tutela dos Direitos da Personalidade à luz da legalidade Constitucional Italiana: “Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva e deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade, exigem uma consideração positiva. O fato de a personalidade ser considerada como um valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes como, por exemplo, o direito à saúde (art. 32 Const.), ao trabalho (art. 35 ss. Const.). O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em via judicial (art. 24 Const.)”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: ...p. 156*).

⁶² “(...) a dignidade configura-se como uma cláusula geral de promoção da personalidade, geradora de deveres positivos e negativos, a qual pressupõe que a pessoa seja concebida a partir de uma reflexão multidisciplinar. Isto é, a dignidade, no papel de princípio unificador do ordenamento jurídico, impõe que o olhar dirigido à pessoa seja capaz de englobar a integralidade do indivíduo, levando-se em conta o contexto social, econômico, cultural e as necessidades físicas e psíquicas de cada sujeito”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; DALSENTER, Thamis. Op. cit. p. 784). Ademais, o enunciado 274, aprovado na IV jornada de direito civil: “Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

parental, interesse legítimo, faculdade, estado; enfim, qualquer acontecimento ou circunstância juridicamente relevante à pessoa humana⁶³.

O art. 11 do código civil, por sua vez, optou por impor resposta radical no tocante à disposição dos direitos da personalidade⁶⁴. Tomado na sua literalidade, observa-se excessivo paternalismo sobre a pessoa humana, a ensejar vedação até mesmo sobre atos mais comezinhos, como furar a orelha, praticar artes marciais, etc.

Não foi, porém, o que pretendeu o legislador. Na realidade, buscou-se proteger a pessoa humana dos efeitos nocivos da sua própria vontade. Acertou, em parte, ao considerar que os direitos da personalidade se mostram irrenunciáveis, proibindo que qualquer um possa se desfazer deles de modo geral e definitivo. Pecou, contudo, ao proibir toda e qualquer limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade. Se, como exposto, a vontade encontra-se funcionalizada à tutela da pessoa humana, o ordenamento não pode proibir, em abstrato, qualquer limitação, mas apenas aquela que, na situação concreta, importe em desconformidade com os imperativos da dignidade da pessoa humana⁶⁵.

Nessa esteira, a doutrina cunhou determinados parâmetros para avaliar o merecimento de tutela do ato de autonomia praticado. Inicialmente, necessário examinar a duração (não podendo ser perpétua) e o alcance (sendo vedada a renúncia genérica) da disposição. Além disso, esta deverá se destinar a determinado fim específico⁶⁶, como expressamente delimitado pelo disponente, tal como ocorre com a disposição da imagem para revistas e campanhas publicitárias ou como rotineiramente acontece com os participantes de “reality shows”.

Ao lado desses parâmetros, importante analisar também a intensidade da limitação voluntária. Avalia-se, nesta sede, o grau de restrição imposto ao exercício dos direitos da personalidade. O sujeito que, por exemplo, decide ir a um show de comédia, abre mão, em alguma medida, da sua honra e imagem, pois, de um lado, compreende que naquela ocasião

⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: op. cit., p.127.

⁶⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁶⁵ “(...) Ao jurista compete verificar a que interesse a vontade atende em cada situação concreta. A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento de sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio “fundamento da liberdade”, o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa”. (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27)

⁶⁶ Assim, o enunciado 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

poderá ser alvo das piadas que compõem o espetáculo. Por outro lado, não poderá, de modo algum, sofrer completa humilhação perante a plateia.

Por último, o critério da finalidade privilegia por examinar se a autolimitação está de acordo com os interesses do seu titular. Como bem destaca Anderson Schreiber, a ordem jurídica pode admitir que alguém concorde com a inserção de um chip subcutâneo para controlar suas funções vitais ou o monitoramento de sua saúde. Porém, não tolera o consentimento do empregado para inserir o mesmo chip, agora destinado a controlar seu horário de entrada e saída no ambiente de trabalho⁶⁷.

Então, diante dessa hermenêutica emancipatória, o intérprete não poderá analisar a personalidade humana apenas sobre o ponto de vista estrutural, a revelar proteção meramente negativa, que prescreva tão somente prerrogativas abstratas (estáticas) ao sujeito de direito e meios legais para repelir injustas agressões (binômio lesão/sanção)⁶⁸. A função promocional do direito⁶⁹ e a análise a partir do merecimento de tutela do ato, ao revés, traduzem grandes delineadores do dever de promoção dos direitos da personalidade.

Quanto ao particular do direito ao próprio corpo, este também sofreu diversas mudanças específicas. Atualmente, tem-se o entendimento de que a adequada construção da identidade corporal deve se conformar a partir do ajuste entre corpo e mente, aspectos indissociáveis entre si. Dessa forma, qualquer restrição imposta à autodeterminação corporal terá de se defrontar com o ônus argumentativo de, no caso prático, demonstrar que a disposição ou alteração corporal não está realizando a justa adequação entre físico e psíquico.

A fragmentação do corpo traduz outra profunda transformação. No campo da medicina, as intervenções estéticas alteram as formas naturais da pessoa⁷⁰. As intervenções desenvolvidas pela biomedicina transcendem o corpo físico da pessoa. “Órgãos, tecidos, células, gametas

⁶⁷ V. SCHREIBER, Anderson. Op. Cit. p. 28)

⁶⁸ Sobre este ponto, Gustavo Tepedino: “Nem parece suficiente o mecanismo simplesmente repressivo, próprio do direito penal, de incidência normativa limitada aos momentos patológicos das relações jurídicas, no momento em que ocorre a violação do direito, sob a moldura de situações-tipo. A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerados em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado”. (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 48-49).

⁶⁹ “(...) no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Manole, 2007, p. 13).

⁷⁰ RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, jul-set/2004, pp. 65-107;

podem ser separados do corpo de origem, postos em circulação e utilizados em outros corpos”⁷¹. Saliva, impressões digitais, fios de cabelo, dentre outras partes, constituem núcleo de informações – verdadeiros dados pessoais – que, na miríade da tecnologia atual, permitem a identificação do código genético do titular e a utilização para finalidades muitas vezes desconhecidas ou até mesmo contrárias aos seus interesses.⁷²

Observa-se, neste contexto, ambiente propício, a um só tempo, para as intervenções indevidas sobre o próprio corpo (como espaço privilegiado para o alcance da própria identidade), caso não se desenvolvam instrumentos de tutela adequados para essa nova gama de situações. Como bem expõe Stefano Rodotà, “as velhas regras jurídicas (...) parecem inadequadas para os problemas que devem ser enfrentados. Mudou a realidade material que servia de referência da eventual disciplina legislativa”⁷³.

Pode-se ilustrar o exposto com o caso de John Moore, no qual, por ocasião de tratamento contra leucemia, em que se lhe retirou o baço, descobriu-se que os tecidos de seu órgão tinham a peculiar propriedade de produzir substâncias antibacterianas e anticancerígenas. Ciente desta rara condição, a *University of California*, em cujo centro médico Moore foi operado, patenteou a referida linha celular, dando origem a produtos dela derivados, em parceria com a sociedade *Genética e Sandoz*. Ao saber da atitude da universidade, o paciente ajuizou ação requerendo os lucros sobre a venda dos medicamentos. Porém, aludida demanda foi julgada improcedente pela Suprema Corte da Califórnia, ao argumento de que, desde a retirada das células, o paciente não seria mais proprietário dos bens⁷⁴. No Brasil, o caso de Roberta Jamilly Martins Costa ganhou repercussão. Ao deixar guimbas de cigarro na delegacia onde prestou depoimento, teve a sua saliva utilizada para a realização de exame de DNA contra a sua expressa manifestação. O exame confirmou a ausência de qualquer vínculo biológico entre a jovem e sua suposta mãe, Vilma, também acusada de sequestrar o menino Pedrinho em episódio amplamente noticiado no início dos anos 2000⁷⁵.

⁷¹ RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, jul-set/2004, p. 91.

⁷² Cf. SCHIOCCET, Taysa. Acesso às informações genéticas humanas e direitos da personalidade: impactos sobre o consentimento informado. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, n. 1, jul-set, 2012, pp. 1-18. Disponível em: <http://civilistica.com/acesso-as-informacoes-geneticas/>. Acesso em: 28/07/2017.

⁷³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52.

⁷⁴ Nada obstante, a Suprema Corte da Califórnia reconheceu a possibilidade de indenização pela quebra de confiança entre médico e paciente. V. Moore vs Regents of the University of California, Supreme Court of California, 51 Cal. 3d 120, 09.07.1990.

⁷⁵ Cf. KONDER, Carlos Nelson; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Dilemas de direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 309.

Outro caso célebre foi o da cantora Gloria Trevi. Detida no Brasil, por conta de acusação de corrupção no México, seu país de origem, a cantora foi levada a carceragem da Polícia Federal, onde acabou engravidando enquanto aguardava a extradição, embora não se lhe tenha concedido o direito de receber visitas íntimas⁷⁶. O acontecimento foi objeto de intensa divulgação e especulação pela mídia, sobretudo em razão de a cantora ter recusado a realização do exame de DNA. Todavia, durante o parto, teve sua placenta coletada para a posterior realização do exame, após autorização concedida pelo STF.

Tais casos bem ilustram que, ao lado do corpo material, inseparável à própria pessoa, o indivíduo também titulariza informações que se perdem no ambiente social, por intermédio de partes que continuamente se destacam do corpo físico. Como se ilustrou, o acesso às informações genéticas pode ser obtido de inúmeras maneiras, de modo que, sobretudo neste particular, o indivíduo não mais possui controle amplo sobre os dados que lhe dizem respeito. À luz do avanço da biotecnologia atual, a pessoa, por onde passa, deixa rastros. O corpo, sob uma dimensão eletrônica, passa a assumir dimensão global, distribuindo-se no espaço⁷⁷. Inexorável.

Neste contexto, necessário advertir que as partes destacadas do corpo – seja a saliva presente na guimba de cigarro, seja um órgão extraído em cirurgia – compõem, a um só tempo, atributos que dizem respeito à integridade psicofísica e conjunto de informações genéticas atinentes à privacidade da pessoa humana. Impõe-se, portanto, a incidência de tutela qualitativamente diferenciada àquela conferida às situações patrimoniais. Por exemplo, a qualificação dos fragmentos do corpo como coisas móveis abandonadas (*res derelicta*) – muito utilizada por quem almeja fazer uso inconsciente destes atributos – amesquinharia a tutela da pessoa humana. Reduzir-se-iam predicados existenciais do indivíduo à lógica proprietária e à teoria dos bens, a cuja concepção atribui-se racionalidade forjada para disciplinar relações patrimoniais.

Ademais, deve-se entender que as transformações sobre o corpo, apesar de específicas, podem significar alteração de suma importância para o próprio eu. A intensidade da mudança não pode ser analisada por meio de um critério quantitativo. Muitas vezes, a mera mudança de fragmento pontual do corpo pode se revelar muito mais devastador para a subjetividade do indivíduo do que determinada transformação tida como de grande monta para os olhos externos⁷⁸. Busca-se, nesta sede, critério de legitimação qualitativa, com vistas a se analisar a

⁷⁶ V. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 40-41.

⁷⁷ Cf. RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 173.

⁷⁸ RODOTÀ, Stefano. *La vita e la regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 56.

legitimidade da autonomia corporal com base no que a mudança significa para a pessoa humana, no interior de sua subjetividade.

Do mesmo modo, diante do direito à diferença, não se vislumbra possível se pré-constituir noção única de corpo, externa ao sujeito de direito. Em verdade, coexistem dentro da sociedade um sem número de ideais corporais que merecem, na medida de sua desigualdade, tutela isonômica do ordenamento jurídico. O corpo demonstra-se, então, importante meio para a construção de diferentes subjetividades, que coexistem e inter-relacionam-se entre si. Privilegia-se, assim, o respeito integral sobre a pessoa humana, de maneira a voltar a autonomia corporal para a tutela de sujeito singular, construído a partir do amplo domínio sobre sua integridade psicofísica e delineador de um corpo que lhe permita chegar ao seu ideal de vida digna⁷⁹.

Todavia, tome-se cuidado para não se fazer da liberdade uma volta ao dogma da vontade individual, alheia à noção de alteridade. À luz da dignidade da pessoa humana, a autonomia privada tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, tais como a solidariedade e a segurança jurídica⁸⁰. Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. O poder de polícia estatal e a força ordenadora do direito se encontrariam dardejados. Estar-se-ia fadado à volta a um estado inicial, de anarquia, em que acabaria prevalecendo sempre a vontade do mais forte. Portanto, inevitável que o Estado intervenha em certas hipóteses para restringir a autonomia corporal em prol da proteção de terceiros ou da própria pessoa. Passa-se, pois, ao estudo do paternalismo jurídico.

⁷⁹ V. RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995, 128.

⁸⁰ Trata-se do diálogo entre autonomia pública e privada, assim exposto pelo prof. Daniel Sarmiento, segundo as lições de Habermas: “Jürgen Habermas propôs uma saída intermediária para a questão da relação entre liberdades individuais e soberania popular. Para ele, não há que se falar em primazia de nenhuma delas. O herdeiro da Escola de Frankfurt procura, na verdade, estabelecer uma conexão íntima entre os direitos individuais e a soberania popular, afirmando que ambos são igualmente essenciais à legitimação do Direito Moderno, no contexto de um mundo ‘desencantado’, onde, diante do pluralismo, não é mais possível, nem mesmo no seio das sociedades nacionais, fundamentar a obrigatoriedade das normas em valores substantivos, nem muito menos pela força. Esta legitimação, para ele, deve ser buscada num procedimento discursivo de formação do direito positivo, realizado sem coerções, no qual todos os afetados tenham iguais possibilidades de participar, e de serem, assim, elaborados. Nesta linha, as liberdades individuais, bem como outros direitos fundamentais que ele enuncia, afiguram-se essenciais para viabilizar a possibilidade deste procedimento discursivo, do qual resultará a produção de um direito legítimo”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 180).

4. O PATERNALISMO JURÍDICO: CONCEITO E ESPÉCIES

Neste tópico, desloca-se o presente estudo para a análise do Paternalismo Jurídico⁸¹.

Nas palavras de Gerald Dworkin, o paternalismo traduz “interferência na liberdade de ação do indivíduo, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coagida”⁸². Este conceito é gênero do qual decorrem diversas espécies, tais como o paternalismo médico, o paternalismo político, o paternalismo benevolente, expressão da relação entre pais e filhos, e o paternalismo jurídico⁸³.

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

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

Trata-se de intervenção que “(i) envolve uma ablação jurídica de posições subjetivas do(s) direito(s) de liberdade de um indivíduo ou grupo contra a sua vontade”⁸⁴; e “(ii) visa a proteger o próprio indivíduo que tem seu direito de liberdade constricto, ou seja, o que justifica a ablação é a proteção do indivíduo em relação a seus próprios comportamentos”⁸⁵.

Quanto às espécies, pode-se categorizar o paternalismo jurídico em quatro tipologias de acordo com o fim a que se destina. O paternalismo fraco enquadra-se nas hipóteses de indivíduos ou grupos tidos como incapazes, nas quais há razões para concluir que o

⁸¹“São institutos afins: a) o moralismo jurídico: a.1) em sentido estrito: pode ser justificado para o Estado proibir uma conduta por ser ela inerentemente imoral, mesmo que não cause nem dano nem ofensa a terceiros; a.2) em sentido amplo: pode ser justificado para o Estado proibir condutas que causem mal aos outros, sem que causem dano ou ofensa; b) o princípio do benefício aos demais; é justificado ao Estado proibir certas condutas quando a proibição for provavelmente necessária para a produção de algum benefício a terceiros; c) o perfeccionismo: é justificado ao Estado proibir condutas que são provavelmente necessárias para o aprimoramento do caráter dos indivíduos (para que eles se tornem moralmente mais elevados); d) o moralismo jurídico paternalista: o princípio refere-se à manutenção de um ambiente moral em uma sociedade política, ou seja, que uma sociedade, mesmo liberal, deve preservar a ideia de ‘um mundo moralmente melhor’”. (BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*, p.48. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf. Acesso em: 30/06/2013).

⁸² DWORKIN, Gerald. Paternalismo. *The Monist*, v. 56, n. 1, jan.de 1972, p.65.

⁸³ DALSENTER, Thamis. Op. cit., p.68.

⁸⁴ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p.11

⁸⁵ *Ibid.*

discernimento para tomar decisões não se mostra pleno, tais como crianças e pessoas com transtornos mentais severos. Da mesma forma, adequa-se a situações nas quais se julga necessário intervir, dada a dúvida sobre a capacidade ou não do agente para praticar o ato. Colhem-se os seguintes exemplos: (i) a ação que visa a afastar a ameaça de que uma conduta involuntária resulte em situações não benéficas ao sujeito como, por exemplo, impedir que o viciado em alucinógenos se jogue pela janela e (ii) a ação que visa a tirar a pessoa da frente de um ônibus mesmo sem saber se ela deseja levar a vida a termo⁸⁶.

Define-se o paternalismo, por outro lado, como a intervenção aplicada a pessoas plenamente capazes e informadas sobre os riscos de sua conduta. Liga-se às hipóteses de atos objetivamente prejudiciais aos indivíduos, mas mesmo assim praticados. Busca-se intervir sobre os chamados atos acráticos, por exemplo, decorrentes de uma suposta fraqueza de vontade do agente. E, tradicionalmente, desenvolvem-se a partir de políticas públicas como (i) campanhas de combate ao fumo, leis que proíbem o fumo em lugares fechados (ii) leis que determinam índices de consumo alcoólico compatíveis com a direção de veículos automotivos (iii) leis que restringem o porte de armas (iv) leis que impõem a vacinação obrigatória (v) e políticas públicas que determinam o controle intenso de doenças⁸⁷.

O Paternalismo puro ocorre quando o indivíduo ou grupo que tem sua liberdade constricta se confunde com aquele cujo bem é pretendido. A obrigação sobre o uso de cinto de segurança, por exemplo, traduz hipótese de paternalismo puro, uma vez que a restrição da liberdade tem por fim o bem das próprias pessoas obrigadas a cumprirem a determinação.

O paternalismo impuro, a seu turno, confirma-se quando os indivíduos ou grupos que têm sua liberdade constricta não se identificam exatamente com aqueles cujo bem se promove pela medida. Os protegidos podem incluir o grupo, sem constituir sua totalidade. Neste sentido, proibir a fabricação de cigarros, para proteger a saúde dos fumantes importa em paternalismo impuro, pois os fabricantes teriam sua atividade restringida com o objetivo de se tutelar a saúde dos consumidores de tabaco⁸⁸.

⁸⁶ Exemplos extraídos de: DALSENTER, Thamis. *Op. cit.*, p. 68

⁸⁷ Exemplos extraídos de: DALSENTER, Thamis. *Op. Cit.*, p.69

⁸⁸ V.CARVALHO, Gisele Mendes. Delitos relativos à prostituição no Código Penal Brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Ciências Penais*. São Paulo, v. 12, jan./jun. 2010. p.189.

Essas tipologias se mostraram muito importantes para conduzir a um consenso no que toca a aceitação do paternalismo fraco, dada a sua aplicação a indivíduos cuja habilidade para tomar decisões, é (ou está), por razões plausíveis⁸⁹, diminuídas ou ausentes⁹⁰.

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

4.1. ARGUMENTOS PRÓ E CONTRA O PATERNALISMO: ENTRE A DIGNIDADE COMO AUTONOMIA E A DIGNIDADE COMO HETERONOMÍA

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

- (a) o paternalismo jurídico desconsidera ou oferece pouca importância à liberdade individual;
- (b) o paternalismo jurídico não se coaduna com o fato do pluralismo⁹¹;
- (c) o argumento paternalista possui um caráter *ad infinitum* que o torna demasiadamente arriscado;
- (d) não há possibilidade de se definir objetivamente um bem e, por vezes, quando há, sua imposição pode levar a uma domesticação de corpos e mentes;

⁸⁹Ernesto Garzón Valdés justifica o paternalismo quando tais medidas atuem no sentido de diminuir uma real desigualdade. Segundo ele, todo indivíduo possui competências básicas (Cb) para a vida cotidiana e competências específicas (Cr), para questões que envolvam uma maior complexidade. A falta de (Cb) é condição justificadora para o paternalismo jurídico nos seguintes casos: a) Quando os elementos relevantes da situação são ignorados ou desconhecidos; b) quando sua força de vontade é tão reduzida que impede sua capacidade de decidir; c) quando as faculdades mentais estão permanente ou temporariamente reduzidas por alguma razão; d) quando se está sob coação ou ameaça; e) quando alguém, sabendo da importância de determinado bem, não deseja colocá-lo em perigo, mas se nega a usar dos meios necessários para salvaguardá-los. Nestes casos, quem apresenta uma carencia de (Cb), deve ser considerado incompetente básico (Ib), o que o coloca numa igualdade negativa, que pode ser temporária ou permanente, setorial ou total. Esta (Ib), para existir, deve ser determinada por fundamentos objetivos, calcados em relações causais seguras. Ademais, a intervenção em (Ib) só será justificada se houver um intuito benevolente e destinado a superá-lo, na medida do possível. (VALDÉS, Ernesto Garzón. *¿Éticamente justificable el paternalismo jurídico? Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*: Universidad de Alicante. Espanha, n.5, 1988, pp.166-167. Tradução livre).

⁹⁰MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit., p. 17.

⁹¹Segundo Gisele Cittadino, o pluralismo é uma “concepção vinculada à figura do indivíduo, enquanto ser capaz de agir segundo a sua concepção sobre vida digna. (...) Importa ressaltar, entretanto, que a ideia de pluralismo não se restringe à diversidade das concepções individuais sobre a vida digna que caracteriza a sociedade moderna. O pluralismo possui uma outra dimensão, que está associada não à diversidade das concepções individuais sobre o bem, mas à existência de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 85).

- (e) o paternalismo jurídico é demasiadamente aberto ao desvio e ao mau uso;
- (f) o paternalismo jurídico impede que os indivíduos sejam tratados como sujeitos morais iguais⁹².

Nesta linha, destacam-se fundamentos que privilegiam o conceito de dignidade como autonomia. Esta concepção, avessa ao paternalismo jurídico, põe em destaque os subprincípios da liberdade e da igualdade⁹³ e se orienta por quatro aspectos essenciais, a saber: (i) capacidade de autodeterminação; (ii) condições para o exercício de autodeterminação; (iii) universalidade e (iv) inerência da dignidade ao ser humano⁹⁴.

Em síntese, a capacidade de autodeterminação privilegia o direito de o indivíduo desenvolver livremente a própria personalidade. Dotado de capacidade, o sujeito de direito se encontra apto à autodeterminação, a traçar planos de vida e realizá-los sempre que incidirem sobre decisões de sua própria vida, tais como religião, casamento, ocupações ou outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros.

O segundo item contempla a noção já desenvolvida acerca das liberdades positivas, ao evidenciar a necessidade de atuação promocional do Estado sobre a pessoa, garantindo-lhe um mínimo existencial. A defesa de um “patrimônio mínimo”⁹⁵, instrumental ao desempenho da autonomia, visa a assegurar condições econômicas, educacionais e psicofísicas básicas para a livre concretização dos planos individuais de vida.

Por último, o terceiro e quarto aspectos, universalidade e inerência, situam-se na mesma ambiência. O cunho ontológico da dignidade (seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano) impõe o viés universal de respeito e promoção da pessoa. Significa dizer, então, que a dignidade deve ser conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica, de modo que a contingência espaço-temporal e

⁹² MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p.18.

⁹³ Através desta passagem, pode-se notar a correlação entre o conceito de dignidade como autonomia e os princípios da liberdade e igualdade: “Segundo Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, a construção da dignidade como autonomia compõe-se de um aspecto *substantivo* e de um aspecto *formal*. O aspecto formal da dignidade é “articulado como um direito geral, tido por cada ser humano, ao respeito (à sua dignidade) pelos outros seres humanos. Esse direito (de ser tratado como alguém que possui valor) pode ser esquematizado: (i) Um direito de ser respeitado como alguém que pertence à classe dos seres humanos, isto é, como alguém que possui as capacidades distintivas de *ser humano*; (ii) Um direito (negativo) contra intervenções alheias indesejadas que são danosas às condições ou às circunstâncias que são essenciais para que alguém floresça como um humano; e (iii) Um direito (positivo) a auxílio e assistência para assegurar as circunstâncias e as condições para que alguém floresça como ser humano (BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger apud MARTEL, Leticia. Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Rio de Janeiro, 2010. Tese de Doutorado em Direito público. Departamento de Direito da UERJ, p. 48).

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., pp. 38-39.

⁹⁵ Sobre o desenvolvimento do conceito de “patrimônio mínimo” v. FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

a contingência entre pessoas (como mais ou menos dignas) representam uma afronta para a dignidade⁹⁶.

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

- (i) Sua não-adoção implica o descaso aos concidadãos, representando a quebra de vínculos que deveriam unir as pessoas em uma sociedade política;
- (ii) (ii) é possível identificar um caráter objetivo de bem, seja ele físico, econômico ou psicológico, ou, ainda, quanto àquilo que pode tornar as pessoas mais felizes e auxiliá-las a obter seus interesses. Isso torna não apenas viável que a sociedade política busque a proteção dos indivíduos ou grupos, mas também determina uma de suas funções;
- (iii) (iii) o paternalismo jurídico, na medida em que busca o bem dos indivíduos, incrementa a utilidade (prazer, felicidade, ausência de dor, bem-estar...), ou seja, atende a pressupostos utilitários;
- (iv) (iv) existem inúmeras medidas jurídicas paternalistas nas sociedades políticas atuais, cuja plausibilidade é aceita⁹⁷.

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

Neste diapasão, passa-se da ideia de dignidade como autonomia, para a concepção de dignidade como heteronomia. O primado da liberdade se esvai para dar lugar ao discurso paternalista, por meio do qual se visa frear a autonomia, obstando escolhas que possam comprometer valores socialmente consolidados. Isso significa, pois, que a dignidade como heteronomia, expressão do discurso paternalista, fulcra-se no ideal de que o bem social se sobrepõe à liberdade individual, ensejando o cerceamento sobre o ato de autonomia mesmo na hipótese em que o sujeito desconsidera a indignidade do resultado de suas escolhas⁹⁸.

⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit., p. 40

⁹⁷MARTEL, Letícia de Campos Velho. *O paternalismo jurídico...* pp. 17-18.

⁹⁸ MARTEL, Leticia. *Direitos fundamentais indisponíveis...*, p. 173.

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

Inicialmente, cabe afirmar que as situações que se referem à vida privada do indivíduo, de cujo fundamento extrai-se a autonomia da pessoa humana, possuem proteção constitucional mais intensa, porquanto consideradas indispensáveis para a vida humana digna⁹⁹. Desta forma, no caso de colisão entre autodeterminação corporal e paternalismo jurídico, a liberdade, no plano abstrato, terá um peso maior do que o discurso intervencionista. Deve-se levar em consideração que a tendência do ordenamento será a de tutelar as liberdades individuais com maior afinco, pondo o discurso intervencionista em segundo plano, presente apenas em hipóteses excepcionais¹⁰⁰.

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

Dado este reconhecimento, a conformação de ambas as situações, em concreto, traduz o desafio diuturno do intérprete. Deve-se respeitar o sujeito de direito, sem prejudicar o convívio harmônico das diversas “espécies de sujeitos singulares” no âmbito social, tendo a noção de que nenhuma delas pode ser ignorada na consecução dos objetivos constitucionais.

⁹⁹ “No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito – como, por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento –, considera-se haver uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Significa dizer que as ações humanas que envolvem as escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Uma aplicação do princípio da liberdade*. In: Op. cit., p.190).

¹⁰⁰ “Ao paternalismo, contido na máxima segundo a qual “as pessoas devem ser protegidas de si próprias”, deve ser oposta a presunção que vigora nas sociedades democráticas: a liberdade de escolha acerca do próprio destino não pode ser exceção”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. In: Op. cit., p.135).

5. OS PARÂMETROS DO ART. 13 DO CÓDIGO CIVIL: DIMINUIÇÃO PERMANENTE DA INTEGRIDADE FÍSICA, EXIGÊNCIA MÉDICA E BONS COSTUMES

O artigo 13 do Código Civil utiliza três parâmetros para disciplinar os atos de disposição do próprio corpo: a diminuição permanente à integridade física e os bons costumes, que definem a ilicitude do ato, e a exigência médica, que autoriza o ato quando em afronta aos outros dois critérios¹⁰¹. Diante de termos tão vagos e de difícil aplicabilidade, impõe-se interpretá-los à luz dos ditames constitucionais, a fim de que o artigo ora analisado se revele um campo de promoção da personalidade.

Inicia-se com a análise do termo “diminuição permanente da integridade física”. Como exposto, a autonomia corporal se orienta pelo princípio da integridade psicofísica, que congrega a unidade de tutela entre corpo e mente. Deve-se entrever, portanto, a insuficiência da análise literal do dispositivo, que apenas consigna a proteção do corpo no seu viés físico. Parece mais adequado, assim, interpretar o dispositivo no sentido de proibir a disposição que traga permanentemente uma dissonância entre o ideal de bem estar físico e psíquico da pessoa humana.

Ademais, tal critério se encontra objeto de críticas, pois permite a interpretação, a *contrario sensu*, de que todos os atos de disposição não permanentes estariam autorizados. Estes, contudo, não podem se revelar legítimos em qualquer situação. Deve-se conjugar tal parâmetro com aqueles extraídos pela doutrina a partir da interpretação do art. 11 do Código Civil. Ao magistrado, portanto, cumprirá examinar não só a extensão da disposição (permanente ou não permanente), mas também a duração, a intensidade e, sobretudo, a finalidade perseguida com a autolimitação corporal.

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

¹⁰¹ **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.

terapêuticos almejados pelo indivíduo¹⁰². Deve-se assinalar, ainda, que, em razão da consolidação da concepção unitária do corpo, a expressão “exigência médica” contida no art. 13 passou a se referir tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente, conforme o enunciado nº 6 da I Jornada de Direito Civil¹⁰³.

Quanto à questão dos bons costumes, deve-se salientar que, atualmente, o conceito diverge sobremaneira daquele historicamente empregado. Usualmente, o termo se mostrava útil para diferenciar os comportamentos toleráveis daqueles a serem reprimidos. Dotada de alto grau de abstração e calcada num discurso extremamente paternalista, tal concepção servia à sustentação do aparelho coercitivo social em detrimento dos valores minoritários.

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

No passado, os bons costumes associavam corpo à religião, o que sucedia na demonização de manifestações sexuais contrárias aos dogmas religiosos, associados à concepção dualista da pessoa - cingida em corpo e espírito – a qual resultava na ideia de inviolabilidade sacra do corpo como instrumento para realização de sua missão na terra¹⁰⁴. Como reflexo dessa ordem, tais comportamentos chegavam a ser criminalizados ou, quando menos, tratados como verdadeiras doenças, a serem aniquiladas pela repressão da biopolítica constituída¹⁰⁵. Em união de esforços, os discursos médico e jurídico faziam dos bons costumes

¹⁰² Anote-se a crítica de Caio Mário da Silva Pereira, o qual afirma que a redação do art. 13 “peca de uma incorreção técnica. O médico jamais impõe ou exige a disposição do corpo. O que se pretende enunciar é que pode ser necessária, por indicação médica, a extração ou retirada de uma parte do corpo. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 209-210).

¹⁰³ “Art. 13: A expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.

¹⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 36

¹⁰⁵ “Nessa perspectiva, os principais tipos pervertidos sexuais eram: 1) os espinaes, idiotas completos, cuja prática perversa era o onanismo, ‘tal é esta idiota estragada, esgotada, indiferente a tudo que o cerca, que se entrega a uma masturbação desenfreada após a idade de 3 anos’; 2) os espinaes cerebrais posteriores, nos quais prevalecia ‘o ato instintivo puramente brutal. A ninfomania e a satiriasis entram neste grupo’; 3) os espinaes cerebrais anteriores, dentre os quais estavam as perversões propriamente ditas, os invertidos. Esses eram considerados os mais perigosos pois desde criança o homem procurava o homem e a mulher a mulher. Para Casper, o invertido tinha ‘uma alma de mulher em corpo de homem’. Outros Juristas e médicos classificaram os invertidos em natos e acidentais. Os natos, desde a infância, se comportavam como uma mulher, na adolescência se apaixonavam por um companheiro e começavam um onanismo recíproco, chegando posteriormente à pederastia”. Os médicos legistas consideram estes indivíduos como verdadeiros alienados’ ou degenerados hereditários. Essa inversão seria ou congênita ou devida à depravação moral, à perversidade. Completavam esse quadro de ‘loucos sexuais, os sádicos, masoquistas, erotômanos, paralíticos, vesânicos, epiléticos, idiotas e débeis, exibicionistas e fetichistas”.

evidente poder de polícia constituído primordialmente para limitar os espaços de liberdade existencial que representassem um perigo aos valores morais compartilhados pelo conservadorismo vigente.

Atualmente, porém, considerado á luz da dignidade humana, os bons costumes adquirem função diversa daquela outrora consolidada. Trata-se de reconhecer na referida noção o sentido de moralidade assegurado pela Constituição de 1988¹⁰⁶. Como já exposto, a Ciência Jurídica, ao mesmo tempo em que aberta aos anseios sociais, traduz também uma ciência ordenadora e promocional, voltada para o regramento da vida social. Sendo assim, o caráter regulador do sistema não pode se fechar às multifacetadas da sociedade para abarcar tão somente o discurso paternalista da moral majoritária.

Cumprido, desse modo, rechaçar a dependência do direito à moral (*rectius*, a moralização do direito), porquanto nem todo o padrão moral dominante compartilhado em sociedade será necessariamente um valor juridicamente protegido, dado o caráter pluralista do sistema, cuja tutela se volta para todos os sujeitos, de igual forma, sem qualquer preferência apriorística. Cumpre afirmar, portanto, que a moralidade assegurada pelo sistema será somente a parcela internalizada pelos princípios constitucionais – expressões normativas dos valores compartilhados pela sociedade que ultrapassam limites setoriais de dado grupo. Em outras palavras, considerar-se-á a “moral constitucional” tão somente aquela assegurada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, alçado ao ápice axiológico do sistema jurídico pelo próprio poder constituinte originário, expressão direta da vontade soberana do povo como um todo.

Neste raciocínio, considerando-se que o conceito de bons costumes representa um conjunto de valores morais, deve-se assumir que tal será preenchido tão somente pelo conjunto da moral social absorvida pelo sistema¹⁰⁷. Desse modo, afasta-se qualquer noção de bons costumes afeita a legitimar a coerção legal do *status quo* social. Da sua radiografia deve-se entrever valores de cunho pluralista, voltados, como já cediço, para a abertura de fronteiras que incluam e tutelem de igual forma os diferentes sujeitos que numa sociedade (con)vivem.

(MAZZIEIRO, João Batista. Sexualidade criminalizada: prostituição, lenocínio e outros delitos – São Paulo 1870/1920. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 18, n. 35, p. 247-285, 1998). V. BARBOZA, Heloisa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos IHU ideias*, v. 194, 2013, pp. 3-20;

¹⁰⁶ DALSENTER, Thamis. Op. cit., p. 107.

¹⁰⁷“Em uma sociedade plural, que protege constitucionalmente os mais diversos estilos de vida e preconiza a tolerância e a não discriminação, torna-se tarefa de difícil justificação a proibição de atos individuais que não atinjam terceiro, sob o fundamento da violação dos “bons costumes”. Um dispositivo proibitivo desse jaez poderia violar os preceitos constitucionais que garantem a livre expressão da identidade e a inviolabilidade. O termo “bons costumes”, portanto, deve ser entendido em consonância com os fundamentos e os objetivos da República, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 37).

Isso significa reconhecer um certo caráter paternalista aos bons costumes, como parâmetro limitador da autonomia corporal, sem torná-lo, em contrapartida, obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade. Trata-se de entendê-lo como limitação que só se mostrará legítima em hipóteses excepcionais, quando, no caso concreto, após a ponderação de interesses, o ato de disposição se mostrar desarrazoado frente aos valores constitucionais ora estabelecidos.

Em trabalho sobre o tema, Thamis Dalsenter sustenta que o instituto consiste em cláusula geral, tendo a finalidade de “permitir e ampliar a incidência dos valores constitucionais por meio da liberdade que a incerteza semântica confere ao intérprete”¹⁰⁸. Por tal razão, a tentativa de definição apriorística de seu conteúdo viria a contrariar a estrutura (de cláusula geral) e a função (de concretização dos valores constitucionais)¹⁰⁹ do conceito em questão. E desse modo, *tertium non datur*: ou o conceito, ao perder sua funcionalidade, cairia como letra morta no artigo 13 do Código Civil¹¹⁰; ou a eficácia prática dos bons costumes, como termo objetivamente apreciável, se veria condicionada à predeterminação rígida e abstrata dos atos legítimos e ilegítimos de disposição corporal. Tal, sem dúvida, contraria a noção de dignidade humana como valor aberto e afeito à tutela das mais diversas concepções de vida digna. A indeterminabilidade objetiva do termo concretiza a funcionalidade do conceito no bojo do sistema, de sorte a lhe permitir atuar como a conexão entre a tábua axiológica constitucional e a matéria regida na legislação infraconstitucional.¹¹¹

De forma mais detida, no esforço de delimitação de seu âmbito de incidência, a autora explica que, ao contrário da boa-fé e da função social, os bons costumes atuam como elemento limitador da autonomia privada extrapatrimonial e, mais especificamente (consoante o artigo 13 do Código Civil), da autonomia corporal. Por essa razão, prossegue a autora, considerando que situações jurídicas existenciais não comportam limites internos, inexistindo subordinação a qualquer tipo de finalidade social, os bons costumes se restringiriam a incidir sobre os atos de

108 DALSENTER, Thamis. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2007, p. 131.

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

¹¹⁰ E é justamente o que atualmente vem acontecendo. Diante do reconhecimento de que os bons costumes se revelam, *a priori*, como um conceito que traz para o direito à manutenção de um *status quo* - embebido no conservadorismo - ele vem perdendo sua aplicabilidade prática, sendo tratado como verdadeiro termo não escrito no artigo em questão.

¹¹¹ Cf. DALSENTER, Thamis. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2007, p. 170. “O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas”. (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: _____ (Coord.). *O Código Civil na perspectiva Civil-Constitucional – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 5).

autonomia corporal de eficácia interpessoal e social. Em suma, os bons costumes atuariam como limites externos aos atos de disposição corporal, incidindo para proteger os interesses existenciais juridicamente relevantes de terceiros afetados pelo ato.

Passa-se, ao final, ao exame de casos práticos que bem representam o embate entre paternalismo e autonomia.

5.1. A QUESTÃO DOS TRANSEXUAIS

A cirurgia de mudança de sexo por muito tempo foi proibida no Brasil. Chegou-se ao extremo de indiciar por lesão corporal o médico que se dispusesse a realizá-la, tal como ocorreu no famoso caso do Dr. Roberto Farina.¹¹² Em 1997, porém, o Conselho Federal de Medicina mudou sua orientação ao aprovar a Resolução 1.482/1997, revogada pela Resolução 1.652/2002, atualmente substituída pela Resolução 1955/2010¹¹³. E desde aquele ano o conselho vem permitindo a cirurgia em casos de diagnóstico de disforia de gênero, isto é, nas hipóteses em que a pessoa se encontra em situação de incompatibilidade entre o sexo psíquico e aquele que apresenta biologicamente¹¹⁴.

A resolução CFM 2955/2010 também disciplina o procedimento para a realização da cirurgia. Segundo tal regulamentação, o paciente deve ser levado ao acompanhamento de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social¹¹⁵ durante o período de dois anos, antes da realização da cirurgia.

¹¹² “O cirurgião plástico Dr. Roberto Farina foi denunciado pelo Ministério Público como infrator do artigo 129. §2º, III do Código Penal, pela realização de cirurgia de reversão sexual, em 1978 (Processo nº 799/76, 17ª Vara Criminal de São Paulo). O médico foi condenado a dois anos de reclusão, em primeira instância, e absolvido, por dois votos contra um, em instância superior. (CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. pp. 140 e ss).

¹¹³ A resolução 1955/2010 prevê, no seu art. 3º “que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais”. Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”.

¹¹⁴ KONDER, Carlos Nelson; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dilemas de direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 137. Ademais, vale mencionar o Enunciado 276, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, de onde se extrai que: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”.

¹¹⁵ Resolução CFM 1652/2002 - Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios abaixo definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia. Art. 7º Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

Trata-se, neste caso, de conduta consentânea ao princípio do consentimento informado e da razoabilidade¹¹⁶. Ao estatuir procedimento formal prévio para a realização da cirurgia, que vise a informar e a trabalhar o psicológico do paciente, a resolução compõe tanto os interesses do paciente quanto aqueles de cunho paternalista, os quais buscam interferir na esfera de autonomia privada, em prol da sua proteção. Se, de um lado, demonstra que a proibição de plano não traduz a solução adequada para os casos de disforia de gênero, de outro, não deixa a realização da cirurgia à mercê apenas da simples vontade do paciente. Tem-se, assim, solução que privilegia a autonomia corporal da pessoa humana, sem esquecer a necessidade de se impor proceduralização singular ao caso em análise, dado o impacto que a cirurgia de transgenitalização causa em sua personalidade.

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

Diversamente, porém, a 4ª câmara cível do TJMG, entendeu que o pedido de autorização judicial para a realização de cirurgia de transgenitalização seria juridicamente impossível. Apesar de o acórdão não ser recente, datado de 2005, vê-se que ele foi fundamentado com base no art. 13 do Código Civil e na resolução CFM 1652/2002, á época em vigor. Inicialmente, extrai-se da decisão que a cirurgia de transgenitalização não se enquadraria dentro do termo “exigência médica”, o qual autoriza o ato de disposição do próprio corpo¹¹⁷. Ademais, a

¹¹⁶ V. CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010; v. TEPEDINO, Gustavo. *La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana. Rassegna di diritto civile*, v. 2, 2017, p. 660

¹¹⁷ “TJMG. Direitos da personalidade. Art. 13 do CC/2002. Interpretação da expressão ‘salvo por exigência médica’ e o sexo. O art. 13, "caput", do Código Civil veda o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, "salvo por exigência médica”. (a) A exigência médica a que se refere o dispositivo do Código Civil deve ser entendida como a necessidade imperiosa de transformação ou de remoção de órgão do corpo, cientificamente provada, em decorrência de patologia grave e curável, exclusivamente, por meio daqueles procedimentos interventivos extremos. (b) O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. O sexo, do qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acatele e discipline”. “Na espécie, não se verifica exigência médica para a cirurgia pretendida pelo recorrente, de caráter irreversível, mas sua sugestão por psiquiatra (f. 08-TJ), o qual entende que ela poderia aplacar o incômodo psíquico vivenciado pelo apelante, que não se conforma com sua identidade sexual masculina. A Resolução nº 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina (f. 21/23-TJ), que foi editada no exercício da sua competência restrita para complementar as regras da ética médica e que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, não consubstancia ato de legalização dessa, de modo a que se revele possível sua autorização judicial. Trata-se de ato administrativo normativo interno do Conselho de Medicina, que não tem efeitos similares aos das leis ou dos regulamentos e que, na definição do Direito Administrativo, somente poderia complementá-los ou explicá-los. (...) A identidade psicológica é um aspecto subjetivo da personalidade. A identidade biológica é o elemento objetivo e social, que perfaz o registro do estado individual. Enquanto o estado civil ou político pode ser mudado, o estado individual, além de inalienável e

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

A decisão interpretou o dispositivo legal de forma literal. Segundo a lógica desenvolvida no acórdão, na inexistência de disciplina legal que expressamente reja a cirurgia de transgenitalização, não se mostra possível autorizá-la. Consoante a decisão, valeria dizer, então, que a emancipação da personalidade da pessoa humana, nesta hipótese, se encontraria à mercê da existência de texto legal que expressamente a autorize.

A discussão, todavia, envolve a interpretação do sistema jurídico, sob perspectiva sistemática, em cujo ápice situa-se a Constituição federal, fundamentada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com base nesta ótica, a qual parece ser a mais adequada, a cirurgia de transgenitalização jamais poderia ser considerada juridicamente impossível.

Acerca do direito à retificação do registro civil do transexual, de acordo com a nova opção sexual e novo nome desejado, diversas controvérsias encontram-se pujantes. Argumenta-se que eventual modificação poderia trazer insegurança jurídica, a violar o princípio da intangibilidade do registro, além do fato de a cirurgia não alterar os órgãos internos do paciente, trazendo, segundo critérios biológicos, a modificação do seu sexo¹¹⁸.

Parece melhor, contudo, sustentar que a realização da dignidade do transexual se inicia com a cirurgia e se finaliza com a alteração do registro civil. Nada mais contraditório do que se autorizar a operação, de um lado, e impedir a mudança de nome, de outro. Aprisiona-se o indivíduo a um sexo que, de fato, não é o seu, inserindo-o dentro de uma situação vexatória perene, que propiciará chacotas diuturnas, sem prejuízo da eterna contradição entre a identidade sexual e o registro civil. Portanto, a situação do indivíduo deve ser plenamente revestida de proteção, em todas as suas fases, tanto no tocante à cirurgia, quanto no que tange à mudança de registro civil. Todas as etapas se mostram integrantes de uma mesma realidade, que tem por

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

¹¹⁸ Neste sentido, o famoso caso de Luis Roberto Gambine Moreira, conhecido como Roberta Close: “Registro civil. Retificação de sexo. Prenome. Cirurgia de ablação da genitália masculina, considerada mutiladora, não tem o condão de transformação de sexo. Problema de engenharia genética inafastável. Prevalência do sexo natural sobre o psicológico. Sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase da gestação. Apelo provido”. (TJRJ, Ap. Cível, proc. n. 1993.001.04425, 8ª C.C, rel. Des. Luiz Carlos Guimarães). Com o mesmo teor: (TJRJ, 8ª C.C., Ap. Cív. 1993.001.06617, Rel. Des. Geraldo Batista, julg. 18.03.1997); (TJRJ, Ap. Cível nº 597156728, 3ª Câmara Cível, rel. des. Tael João Selistre, j. em 18/12/1997);

finalidade a tutela integral da dignidade humana. Com a proibição da retificação do registro há, sem dúvidas, a parada bruta de uma travessia ainda em curso, a revelar prejuízo muito maior à dignidade do indivíduo do que à segurança jurídica¹¹⁹.

Na esteira de tal entendimento, deve-se destacar julgado paradigma, decidido pelo STJ.¹²⁰ Em recurso especial, interposto por Clauderson de Paula Viana, pugnou-se pela retificação do registro de nascimento civil, para que dele passasse a constar o prenome “Patrícia”, bem como a modificação do sexo “masculino” para “feminino”, após realizada a cirurgia de transgenitalização. Com supedâneo na dignidade da pessoa humana e nos princípios da bioética, o tribunal acolheu o pedido do recorrente, ao argumento de que o registro deveria estar em compasso com sua identidade psicossocial e morfológica, pois, após a cirurgia, em tudo se assemelhava com o sexo feminino. Buscou-se reconhecer a verdade real por ele vivenciada e refletida para a sociedade, a fim de evitar recorrente estado de anomalia, olvidando o reconhecimento do direito de viver dignamente. Argumentou-se que a alteração de sexo se mostra tão importante quanto à adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, e a última etapa de um processo em que se busca assegurar o exercício pleno da identidade sexual da pessoa humana.

Ressalte-se, por fim, que o discurso intervencionista, baseado na defesa da segurança jurídica e do princípio da imutabilidade do registro, vem sendo paulatinamente afastado pela jurisprudência, inclusive quando ainda não tiver sido realizada a cirurgia¹²¹.

¹¹⁹ Assim, FACHIN, Luiz Edson. O Corpo do registro no registro do corpo; Mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, 2014, pp. 39-65. Disponível em https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume1/rbdcivil-volume-1-doutrina_002.pdf;

¹²⁰STJ, 3ª T., Resp. 1008398, Rel., Ministra Nancy Andrighi, julg. Em 15.10.2009, publ. DJe 18.11.2009. No mesmo sentido: (STJ, SE 1.058, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 15.08.2006); (TJRS, 7ª C.C., Ap. Cív. 70018911594, Rel. Des. Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. 25.04.2007); (TJSP, 5ª C. Seção de Direito Civil, Ap. Cív. Nº 165.157.4/5, Rel. Des. Boris Kauffmann, julg. 22.03.2001);

¹²¹ Apelação cível. Retificação do registro civil. Transexualismo. Alteração do gênero. Ausência de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização. Possibilidade. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo - cromossomos XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. Apelação Provida, por maioria. (TJRS, 7ª CC, Ap. Civ., 70065879033, Rel. Des., LiselenaSchifino Robles Ribeiro, julg. 26.08.2015). No mesmo sentido, TJDF, 4ª T., Ap. Civ, 0015087-28.2013.8.07.0015, Rel. Des. Cruz Macedo, julg. 10.12.2014; TJSP, 10ª CDPriv., Ap. Civ., 0013934-31.2011.8.26.0037, julg. 23.09.2014; TJRJ, 17ª CC, Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, julg. 12.03.2014 TJBA, 5ª CC, Ap. Cív., 0368330-41.2012.8.05.0001, Rel. Des. Marcia Borges Faria, julg. 22.10.2013; TJPR, 12ª CC, Ap. Cív., 0350969-5, Rel. Des. Rafael Augusto Cassetari, julg 04.07.2007.

Por todo exposto, pode-se notar que, neste particular, a defesa em prol da tutela da integridade psicofísica da pessoa humana encontra-se em estágio bastante avançado. A operação de transgenitalização, atualmente, mostra-se amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência haja vista a sua plena compatibilidade com as exigências do art. 13 do Código Civil e com a Constituição Federal. Quanto à mudança no registro civil, esta também deve ser um direito assegurado ao transexual.

5.2. TINA GORJANC E O DNA DE ALEXANDER MCQUEEN

Recentemente, no âmbito da moda, vem se observando o desenvolvimento de uma inusitada tecnologia. No seu projeto de mestrado na Central Saint Martins, em Londres, Tina Gorjanc desenvolveu linha de roupas e acessórios a partir do DNA de Alexander McQueen, famoso estilista já falecido. O projeto se iniciou com o cultivo do material genético extraído do cabelo de Alexander, tendo sido aplicado posteriormente em uma cultura de células que se transformaram no tecido da pele. Atualmente, a designer vem buscando o patenteamento da tecnologia.¹²²

Afora a exigência de consentimento livre e esclarecido do *de cuius* para a submissão a tal estudo, como já tangenciado, bem se ilustra como uma mesma estrutura (isto é, as roupas confeccionadas) pode possuir traços funcionais distintos. De um lado, o enfoque pode se debruçar sobre o vestuário, produto do estudo desenvolvido pela estilista, cuja função encontra-se orientada pela dinâmica das situações patrimoniais. De outro lado, caso a investigação se foque no conteúdo da coisa confeccionada, observar-se-á bem jurídico de caráter existencial, consistente na pele do doador, que poderia, diante do desenvolvimento de tecnologia adequada para tal, se afigurar fonte de ampla gama de informações genéticas, de maneira a merecer proteção diferenciada pelo ordenamento.

Sob esta lógica, frise-se que a proteção jurídica conferida aos bens móveis propriamente ditos (por intermédio da função social e da boa-fé, por exemplo) adequa-se à tutela empreendida sobre objetos avaliáveis economicamente que na escala de valores elencada pelo legislador constituinte sucede as situações existenciais, tendo função (que melhor se adequa ao ordenamento jurídico) instrumental à realização existencial da pessoa humana. Repita-se uma vez mais: as situações patrimoniais, para cuja tutela se volta tradicionalmente a disciplina das

¹²² Disponível em: <https://www.dezeen.com/2016/07/11/pure-human-tina-gorjanc-leather-fashion-design-central-saint-martins/>. Acesso em: 28/07/2017.

coisas móveis, consagram apenas mediatamente a dignidade da pessoa humana. Já a proteção direcionada às partes destacadas se orienta pela proteção afeita às situações jurídicas existenciais. Neste particular, não se alude à instrumentalização nem à valoração pecuniária. Basta, conforme tangenciado pela doutrina, a função pessoal. Significa dizer, assim, que a realização das próprias aspirações e valores, segundo o projeto de vida individual, pode concretizar imediatamente a dignidade da pessoa humana.¹²³ Por tal motivo, mostra-se imprescindível, para uma adequada tutela nesta sede, o desenvolvimento de uma teoria geral dos bens existenciais – ainda pouco explorada pela doutrina contemporânea – e distinta daquela concebida pela parte geral do Código Civil.

Por essa razão, a qualificação jurídica conferida sobre o vestuário vai variar, a depender da utilização de seu titular. Quando a finalidade se destinar à confecção e alienação de roupa (por parte do alienante) ou da utilização como vestuário (por parte do adquirente) atrair-se-á lógica afeita às situações patrimoniais. A alienação da coisa, suscetível de avaliação econômica, e sua caracterização como *res derelicta* caso seja abandonada, por exemplo, não sofrerão, *a priori*, maiores óbices. Além disso, privilegiar-se-á a confiança despertada na relação jurídica entre alienante e comprador na relação jurídica obrigacional, à luz da boa-fé objetiva, dado o desenvolvimento de situação patrimonial¹²⁴. De outro giro, caso o indivíduo, a partir de tecnologia adequada, utilize-se da coisa para acessar e se apropriar das informações relativas ao material genético ali contido, ver-se-á que os instrumentos de proteção, como já destacado, serão diversos. Nesta sede, somente o consentimento expresso do doador destinado a tal finalidade (respeitados os limites axiológicos sobre a disposição de atributos existenciais), para cuja interpretação se volta orientação de índole restritiva, seria capaz de permitir que determinada pessoa acessasse e utilizasse os dados genéticos ali presentes.

Busca-se esclarecer, a partir destas reflexões, que a titularidade sobre o vestuário não importa em permissivo para que o proprietário utilize a coisa da forma que melhor lhe aprouver, sem a incidência de qualquer controle de merecimento de tutela. Deve-se avaliar a função do bem, dentro da concreta regulamentação de interesses, a fim de que atributos inerentes à personalidade humana sejam valorados segundo a preeminência imposta pelo legislador

¹²³ Cf., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN; Luiz Edson (coords). *Diálogos sobre direito civil*, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 3-24

¹²⁴ Cf. VALVERDE TERRA, Aline de Miranda; LEMOS PEREIRA, Paula Moura Francesconi de. Considerações acerca do estatuto jurídico do corpo humano. *Revista dos Tribunais*, v. 952, fev. 2015, pp. 37-58; SOUZA, Sylvio Capanema de. *Direito das Obrigações Vícios do Ato Jurídico Teoria das Nulidades*. Rio de Janeiro: espaço jurídico, 2005.

constituente.¹²⁵ Cuida-se de evitar com que a propriedade da roupa, ordinariamente destinada a servir como vestuário, se preste como escusa para o proprietário praticar ato de autonomia incompatível com a função concreta do bem. Se, de um lado, não cabe ao ordenamento vedar a doação da pele *post mortem* para a confecção de vestuário, a revelar indevido paternalismo, de outro, cabe ao sistema jurídico balizar a utilização da coisa pelo adquirente (*rectius*, qualificar o bem) de acordo com finalidade a que se destina à luz da Constituição.

6. CONCLUSÕES

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

1. O princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF) se apresenta como o fiel da balança, como o fim a ser perquirido pela ponderação de interesses. A dignidade humana confere verdadeiro “personalismo” ao Direito Civil, redefinindo os seus institutos, tal como a autonomia privada.
2. A autonomia corporal, por sua vez, entendida como a capacidade de autodeterminação sobre o corpo, é espécie do gênero autonomia existencial. A partir da superação da visão dualista de corpo e espírito, ambos se fundiram em concepção unitária, em que passam a se constituir como componentes indivisíveis da pessoa humana, e, portanto, dignos de igual tutela.
3. O direito ao corpo – expressão da autonomia corporal – concretiza-se no bojo de uma complexidade de situações subjetivas que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo, dentre outras. Deve ser encarado como um conceito aberto, que se encontra presente em um sem número de situações não previstas pelo legislador, tendo como norte a dignidade da pessoa humana.
4. A intervenção paternalista na liberdade de ação do indivíduo se baseia, em certa medida, em argumentos utilitaristas, que visam a promover o bem-estar social e a felicidade do indivíduo coagido. Os argumentos contrários ao paternalismo se fundam na ideia de preponderância dos princípios da liberdade e igualdade. Firmam-se na defesa da dignidade como autonomia, que se pauta em quatro critérios essenciais, quais sejam: (i) capacidade de

¹²⁵ Cf., TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira. Disponível em:http://www.tepedino.adv.br/wpp/wpcontent/uploads/2017/07/Livro_eletronico_perfil_funcional_bens_juridicos_experiencia_brasileira.pdf. Acesso em: 28/07/2017 e FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. STF acerta ao qualificar bens jurídicos por seu aspecto funcional. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2017-abr-03/stf-acerta-qualificar-bens-juridicos-aspecto-funcional>. Acesso em: 28/07/2017.

autodeterminação individual; (ii) defesa de condições para o exercício da autodeterminação; (iii) universalidade; (iv) inerência da dignidade do ser humano. De outra banda, os argumentos favoráveis ao paternalismo se relacionam à noção de dignidade como heteronomia. Neste viés, busca-se construir um ideal de vida digna sob a ótica externa ao sujeito, de acordo com padrões consolidados socialmente.

5. Impõe-se a interpretação do artigo 13 do Código Civil sob a égide da legalidade constitucional. Diante da contemporânea tutela sobre o corpo, observa-se que o dispositivo, ao se utilizar do termo “integridade física”, alberga tão somente os aspectos físicos da pessoa humana. Cabe, portanto, com base em interpretação sistemático-axiológica, apta a privilegiar a proteção conferida pela Constituição, compreender que o termo utilizado pelo legislador visa a tutelar a integridade psicofísica do titular. A exigência de consentimento médico, por sua vez, consiste, na verdade, em manifestação de especialista, na qual se aponta que o ato de disposição possui finalidade terapêutica, sendo mais um elemento em favor do merecimento de tutela da disposição sobre o corpo. Os bons costumes, de igual modo, devem atuar como um limite externo ao ato de autonomia existencial, quando o exercício da liberdade importar em violação a direito existencial de terceiro.

6. Na hipótese dos transexuais, o discurso intervencionista não ganha força. A operação de transgenitalização é amplamente aceita atualmente, haja vista a sua plena compatibilidade com as exigências do art. 13 do Código Civil e com a Constituição. Quanto à mudança no registro civil, esta também deve ser um direito assegurado ao transexual. A compatibilização entre o seu perfil físico e psíquico só se perfaz por completo após a retificação do registro. Em relação ao caso de Tina Gorjanc, o intérprete deverá analisar qual a função que o bem desempenha no ajuste contratual, a fim de que instrumentos qualitativamente adequados incidam sobre a relação travada.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

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

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

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BARBOSA, Maria Raquel; MATOS, Paula Mena; COSTA, Maria Emília. Um olhar sobre o corpo: o corpo ontem e hoje. *Psicologia & Sociedade*, 23(1), a. 2011, pp. 24-34; BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em 20 out. 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos IHU ideias*, v. 194, 2013, pp. 3-20;

_____. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: Uma questão de igualdade. In: Thiago Ferreira Cardoso Neves. (Org.). *Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. 1ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CICCO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, n. 2, abr.- jun., 2013, pp.1-24 Disp.: <http://civilistica.com/?s=atos+de+disposi%C3%A7%C3%A3o+do+pr%C3%B3prio+corpo>. Acesso em: 28/07/2016;

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

CORRÊA, Adriana Espíndola. *Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010;

DALSENTER, Thamis. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. _____ . *Corpo e autonomia: interpretação do art.13 do Código Civil brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro. 2009. 161p. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito da PUC-Rio.

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

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

_____. O Corpo do registro no registro do corpo; Mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, 2014, pp. 39-65. Disponível em https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume1/rbdcivil-volume-1-doutrina_002.pdf

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

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

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. STF acerta ao qualificar bens jurídicos por seu aspecto funcional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-03/stf-acerta-qualificar-bens-juridicos-aspecto-funcional>. Acesso em: 28/07/2017;

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

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

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

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

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2016;

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

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

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

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

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

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

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

_____. *O paternalismo jurídico – “Que fazer”?* No prelo, gentilmente cedido pela autora. MAZZIEIRO, João Batista. Sexualidade criminalizada: prostituição, lenocínio e outros delitos – São Paulo 1870/1920. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 18, n. 35, p. 247-285, 1998.

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

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, 2016, p. 29-30.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

_____. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007;

_____. *La vita e la regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006;

_____. O direito à verdade. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes e Fernanda Nunes Barbosa. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, n. 3, jul.-set., 2013, pp. 1-22. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-a-verdade/>>. Acesso em: 21/07/2017;

_____. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995;

_____. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, jul-set/2004, pp. 65-107;

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

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

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

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

SCHIOCCET, Taysa. Acesso às informações genéticas humanas e direitos da personalidade: impactos sobre o consentimento informado. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, n. 1, jul-set, 2012, pp. 1-18. Disponível em: <http://civilistica.com/acesso-as-informacoes-geneticas/>. Acesso em: 28/07/2017;

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

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

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

SOUZA, Sylvio Capanema de. *Direito das Obrigações Vícios do Ato Jurídico Teoria das Nulidades*. Rio de Janeiro: espaço jurídico, 2005.

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

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

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

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

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In:

_____. (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 1-18.

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

_____. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, 2014, pp. 8-38. Disponível https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume1/rbdcivil-volume-1-doutrina_001.pdf;

_____. La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana. *Rassegna di diritto civile*, v. 2, 2017.

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

_____. Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wpcontent/uploads/2017/07/Livro_eletronico_perfil_funcional_bens_juridicos_experiencia_brasileira.pdf. Acesso em: 28/07/2017;

_____. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 3-19; abr./jun. 2001.

_____. O ocaso da subsunção. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

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

_____. Unidade do ordenamento e teoria da interpretação. *Editorial da revista trimestral de Direito Civil*, v. 30, p. iv. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun., 2007;

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

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

VALVERDE TERRA, Aline de Miranda; LEMOS PEREIRA, Paula Moura Francesconi de. Considerações acerca do estatuto jurídico do corpo humano. *Revista dos Tribunais*, v. 952, fev. 2015, pp. 37-58;