

A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO CORPO E A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NAS LIBERDADES SUBJETIVAS

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Professor de direito civil na graduação e pós-graduação da UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduiche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” da UFPR. Procurador do Estado do Paraná.

CATIA REJANE LICZBINSKI SARRETA

Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS. Mestra em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professora do Curso de Direito da UNIVEL e da Pós-Graduação em Processo Civil da UNIVEL. Coordenadora dos Grupos de Pesquisa: Consumidor Consciente e Direito Fundamental a Cultura. Coordenadora da Pesquisa e Extensão do Curso de Direito da Univel, Coordenadora da Revista de Estudos Jurídicos e Sociais. Pesquisadora.

Resumo

A possibilidade que cada pessoa tem de livremente desenvolver sua personalidade, a partir da ideia de direitos e garantias fundamentais, deve envolver a liberdade do trato com o próprio corpo, ainda que seja razoável refletir sobre o conceito de heteronomia, no atual estágio do direito civil-constitucional. Isso, porque o Direito tende a limitar a disposição do corpo, vedando condutas que possam alterar características fisiológicas ou que induzam a diminuição permanente da integridade física, como se vê do art. 13 do Código Civil. São diversas as referências constitucionais que permitem contradizer o aludido texto codificado, motivo pelo qual se afigura adequado afirmar que muitas vezes essas limitações à vontade individual padecem de bom acômodo no sistema civil-constitucional brasileiro. A vontade consciente de alguém, sem prejuízo do grupo social, deve ser prestigiada, não se verificando coerente que ideologias de outras épocas ou reducionismos de caráter religioso conduzam a limitações das liberdades subjetivas em um Estado democrático de Direito.

Palavras-chave

Direito Civil Constitucional; Corpo; Liberdades Subjetivas.

Abstract

The possibility that each person has to freely develop their personality, from the idea of fundamental rights and guarantees, must involve the freedom of the bargain with her body, although it is reasonable to reflect on the concept of heteronomy, at this stage of civil law -constitucional. That is because the law tends to limit the disposition of the body, forbidding conduct that would change or physiological characteristics that lead to permanent loss of faculty, as we see the art. 13 of the Civil Code. There are several constitutional references that allow contradict the aforementioned encoded text, which is why it is appropriate to say that often these limitations to the individual will suffer from good Accommodotrainer the Brazilian civil and constitutional system. The conscious will to anyone, without prejudice to the social group should be prestigious, it does not appear consistent to ideologies of other times or religious character of reductionism lead to limitations of subjective freedoms in a democratic state of law.

Key words

Civil Law Constitutional; Body; Subjective Freedoms.

1. Introdução

O presente artigo tem a finalidade de contribuir para o debate sobre a temática das liberdades da pessoa, questionando se existe verdadeiro e real direito de disposição do próprio corpo, com liberdade e independência, ou se o Estado é o determinante de como se deva explorar essa matéria indivisível em relação à intimidade e integralidade dos direitos de personalidade.

Faz-se necessário, como via de início, traçar um corte metodológico, que se situa na intenção de tratar o tema a partir da abertura dos conceitos e da proposta de reflexão, atendendo à limitação temporal própria dos escritos breves. Não se visa a uma análise vertical de determinado tema – como a morte digna ou permissão de cirurgias para redesignação sexual – mas, sim, navegar por contornos gerais a todas elas e, em algum momento, trabalhar com exemplos pontuais.

Nessa perspectiva, a temática que se traz à reflexão diz respeito à questão da autonomia do uso e disposição do próprio corpo, a partir do ideal de liberdade que norteia o conteúdo constitucional, mas que, ao mesmo tempo, aparenta como um tanto limitada por outros dispositivos igualmente constitucionais e codificados.

As liberdades mencionadas estão garantidas pelos arts. 1º, III (ao tratar da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito), art. 5º caput (quando fala da garantia de inviolabilidade do direito a vida e liberdade), art. 5º, III (ninguém

será submetido a tratamento desumano ou degradante) e art. 5º, X (inviolabilidade da intimidade e vida privada), todos da Constituição Federal.

A partir da ótica de um civilismo constitucional, qualquer proposta de pensamento que envolva o direito civil deve partir das garantias e liberdades que a carta maior propõe.

Por isso, no tocante às interlocuções do corpo com o Direito, especialmente aqui, na estreita vinculação do Estado (poder público regulador) com o material físico da pessoa humana (o corpo), faz-se relevante ponderar sobre alguns parâmetros de análise acerca da real existência de liberdade do indivíduo sobre seu “próprio” corpo (as aspas ficam justificadas pelo conteúdo do art. 13 do C.C.), uma vez que são muitas as limitações que o ente público impõe ao indivíduo, no que se refere à manipulação, utilização e até mesmo ao conhecimento de sua estrutura física.

2. A Constitucionalização do Direito Civil no Brasil

A inauguração de uma nova ordem constitucional, e de sua consciência¹, faz com que se atente para a urgência na efetivação das garantias de acesso pleno ao Direito, ali contempladas.

O direito civil, como principal ramo do direito a cuidar da pessoa, das titularidades e das ligações (relações jurídicas ou, para alguns, atividades) entre elas, não poderia ficar à mercê do antigo, que refletia o pensamento liberal da modernidade.

Por isso, a civilística se humaniza e passa a visar a melhor satisfação da pessoa em primeiro lugar, com a secundarização das titularidades. Em outras palavras, muda-se o paradigma de que o direito civil tem sua maior incidência sobre a esfera patrimonial, passando-se a pensar mais no ser.

O próprio código de 2002 – diferentemente do de 1916 – vem a tratar dos direitos da personalidade, da boa-fé, da igualdade entre os cônjuges e dos contextos de função social.

A criação das cláusulas abertas evoluiu o direito civil, mas não foi suficiente a atender as demandas mais recentes e complexas.

Voltando no tempo, a ideia contemporânea de constitucionalização do Direito tem seu nascedouro na Alemanha, por meio de Lei Fundamental de 1949, seguindo para a Itália, Portugal e Espanha. (FROTA, 2011, p. 107).

1 Pois de nada adiantaria uma nova Constituição se não tivesse ocorrido alteração da consciência sobre a importância de sua normatividade e efetivação dos direitos ali garantidos, papel, como já dito, em sua maioria atribuível à doutrina crítica do direito.

O direito civil brasileiro, a partir das influências de Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino e Paulo Luiz Neto Lôbo, ganha corpo de interferência constitucional, especialmente na solução dos denominados “casos difíceis”.

O direito civil constitucional traz nuances de efetivação dos elementos existenciais de maior relevância, na tentativa de superação do dogma positivista, com apreço à dignidade da pessoa humana.

A Constitucionalização do Direito é um processo relativamente recente no Brasil que ganhou mais intensidade com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a “Constituição Cidadã”, que se caracterizou como marco histórico do ressurgimento do Direito Constitucional no país, possibilitando a passagem de um regime autoritário que reinou no Brasil durante a ditadura militar, para um Estado Democrático de Direito.

A proposta da constitucionalização do direito civil é, pois, pautada em três pressupostos teóricos básicos: 1) força normativa da Constituição em relação a todos os ramos do direito, inclusive o direito civil; 2) compreensão de que o ordenamento é complexo e unitário, ante a pluralidade das fontes de direito, segundo os princípios constitucionais e os valores fundamentais; 3) uma teoria da interpretação jurídica não formalista, pautada nos princípios e valores do ordenamento, resultado de um procedimento argumentativo não apenas lógico, mas axiológico, fundado na dignidade humana como prioritário em caso de confronto com interesses do Estado ou do mercado (PERLINGIERI, 2007).

A partir disso, vê-se a nítida intervenção do público – direito constitucional – no conceito e finalidades do direito civil. Mas isso não é suficiente a fundamentar discurso que limite a autonomia privada e as vontades individuais no que tange às decisões relativas ao próprio corpo.

Os princípios nascidos dos direitos fundamentais influenciam o direito civil, com força normativa e até mesmo modificativa do dado codificado. É o direito público interferindo nos resultados da civilística, mas com intuito de conceder liberdades e não, como regra, para determinar limitações.

O fenômeno da Constitucionalização consiste na irradiação dos valores, princípios e regras constitucionais por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, repercutindo sobre a atuação dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), na relação entre estes e os particulares, bem como sobre as relações entre particulares (BARROSO, 2005, p. 17).

A umbilical ligação do direito civil contemporâneo com o ideal constitucional, tem a finalidade de libertar o ser, permitindo voar por espaços de liberdade e de autodeterminação. Tudo, naturalmente, sem prejuízo aos demais integrantes do contexto social.

O direito civil constitucional, portanto, favorece e deseja auxiliar na livre construção e desenvolvimento da personalidade², possibilitando que o corpo seja um prolongamento da alma, na tentativa de obter-se o ideal – já aristotélico – de vida boa. É o que se pretende suscitar com este estudo.

3. O “Próprio Corpo” e a Intervenção do Estado em sua Consideração

A ideia de “próprio” deriva do conceito de propriedade, no sentido de titularidade absoluta sobre algo. O absolutismo deste conceito caiu ao longo dos tempos no que se refere aos bens materiais, as coisas. Indagação relevante está em saber se o mesmo aconteceu em relação ao corpo e, ainda, se será o Estado, por meio dos princípios e regras, o real condicionador do quanto de liberdade a pessoa guarda no seu manuseio.³

Partindo de severas limitações públicas (legais) ao uso do corpo é que se pensa esta discussão, como por exemplo, a impossibilidade geral de cirurgias para mudança de sexo, a vedação da eutanásia, ortotanásia e da morte assistida (com suas variações), assim como a responsabilização do médico que deixar de proceder ao transplante de sangue por negativa religiosa do receptor.

Todos estes casos – e outros que aqui não se tocará – são objeto de firmes discussões, fundamentadas em dogmas religiosos, éticos (o que é o ético na contemporaneidade?) e de justificação em garantias individuais e sociais.

Eis aí a intervenção do Estado no corpo. Garantida a liberdade constitucional individual de ação e omissão – que pela ideia russeuniana de Estado como pacto social é o não prejuízo ao próximo – seria possível imaginar a absoluta liberdade da pessoa em auto designar-se para uma cirurgia ou alteração do corpo? É o corpo do indivíduo de “propriedade” do Estado ou dele próprio?

Já se viu que os direitos subjetivos constituem-se em criação da modernidade, para justificar a intervenção do Estado na vida privada, de forma a trazer aparente garantia de liberdade. (ENTERÍA, 1995. p. 33 e 84).

2 O jurista português Paulo da Mota Pinto, acerca do alcance da expressão constante da Constituição Portuguesa “desenvolvimento da personalidade” orienta: “Assim, procurou-se deixar consagrado um direito de liberdade do indivíduo em relação a modelos de personalidade, integrando um ‘direito a diferença’ – dizendo-se que ‘o problema, no fundo, é permitir a cada um que eleja o seu modo de vida, desde que não cause prejuízo a terceiros’. Dir-se-ia, pois, que a previsão expressa do direito ao desenvolvimento da personalidade tem como sentido fundamental tutelar a *diferença da individualidade* de cada ser humano, segundo a sua própria decisão e autonomia – o ‘núcleo irredutível de individualidade.’” (PINTO, 1999, p. 157-158.)

3 Sobre a ideia de próprio corpo, já escrevemos em: SILVA, Alexandre Barbosa da. De quem é o “próprio” corpo? A interferência do Estado nas Liberdades de disposição do corpo. In: Revista de Estudos Jurídicos e Sociais da Univel. v.2. 2013. p. 9-23.

Nada mais é, este suposto conjunto de direitos da intimidade, do que aparência de que existem garantias para a autonomia de gestão da própria vida. Na prática, no entanto, estas supostas garantias são viciadas pelas constantes limitações apostas por um Direito influenciado pelo paradigma legalista.

No atual contexto jurídico, o corpo não é da pessoa humana, mas do Estado, que fixa normas cogentes acerca de como se deve usá-lo para o bem comum. O corpo é da sociedade e não próprio. As ideias de uma ética geral (vista aqui à margem da análise mais profunda da filosofia) e de religião povoam o jurídico, de forma que o debate fica aquém do âmago do ser, sempre pautado por justificações técnicas para explicar os aspectos de subjetividade e individualidade.

Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, ao tratar da liberdade que deve nortear a decisão da pessoa acerca do fim de sua vida, ofertam interessante pensamento:

A preocupação que moveu os autores foi a de investigar possibilidades, compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, capazes de tornar o processo de morrer mais humano. Isso envolve minimizar a dor e, em certos casos, permitir que o desfecho não seja inutilmente prorrogado. Ainda um último registro introdutório: as considerações sobre a morte com intervenção, aqui lançadas, referem-se tão-somente aos casos de pessoas em estado terminal ou em estado vegetativo persistente. (BARROSO, MARTEL, 2010, p. 4).

O texto resume a ideia de que a dignidade da pessoa humana deve ser vista a partir de que todo indivíduo é um fim em si mesmo. Este é um pensamento já encontrado em Pontes de Miranda. Não deve, por essa razão, o indivíduo servir apenas de instrumento à realização dos interesses dos outros ou de metas coletivas.

A dignidade é uma das bases dos direitos fundamentais, que devem conviver entre si e harmonizar-se com valores compartilhados pela sociedade. Deve apresentar-se como condição interna ao indivíduo – dignidade como autonomia – ou como produto de uma atuação externa a ele – dignidade como heteronomia. (BARROSO, MARTEL, 2010, p. 43)

A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo. (BARROSO, MARTEL, 2010, p. 43).

A heteronomia é necessária, até mesmo para propiciar (ou ao menos tentar) algum equilíbrio de vontades na sociedade, sob pena do caos.

Não obstante, cabe ao direito civil constitucional encontrar o equilíbrio na aplicação efetiva dessas duas vertentes do subjetivismo, da dignidade, não lhe sendo possível abster-se do enfrentamento teórico que levará ao resultado prático esperado.

Ademais, as trincheiras do confronto do público *versus* privado já de há algum tempo estão desabitadas, o que leva à natural possibilidade de composição entre a proteção dos direitos individuais e a colmatação do coletivo.

Há que se atender ao conteúdo sistemático do constitucionalismo brasileiro, devendo reconhecer a presença das duas visões de dignidade, mas fazendo prevalecer a autonomia do indivíduo, em situações absolutamente subjetivas. Isso, em decorrência do paradigma de um direito civil a serviço da vida, no conhecido dizer de Orlando de Carvalho. (CARVALHO, 1981, p. 92).

Não se deseja falar da vida como proteção absoluta do Estado, mas como vida de qualidade, com opções livres e de satisfação da subjetividade e da intimidade.

Nesse sentido a íntima relação com o princípio da Dignidade Humana. Luiz Roberto Barroso (2012, p. 160), procura traçar os conteúdos mínimos do princípio da Dignidade da Pessoa humana, construindo a ideia de três elementos que a compõe, “[...] a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”.

A dignidade da pessoa humana como valor intrínseco está ligada diretamente a natureza do ser humano. Em outras palavras, uma pessoa detém dignidade apenas por integrar o gênero humano. Dessa forma, o atributo da dignidade é inerente (daí o termo “valor intrínseco”) a todos, pois decorre da condição de ser humano, fazendo com que os indivíduos sejam credores de consideração e respeito por seus semelhantes (ANDRADE, 2008, p. 2).

Ao primar por respeito, cabe extrair que nos diversos contextos de intervenção do público sobre o particular, a autonomia do sujeito deve merecer especial atenção, sendo lícito haver limitação somente – e somente só – quando se perceber possíveis prejuízos coletivos, mas em uma perspectiva de interesses individuais homogêneos ou heterogêneos claros e específicos. Não apenas um perigo coletivo abstrato. Estes “riscos” coletivos tem sido a marca dos limitadores atuais, ou seja, meros medos sociais já servem de obstáculo à liberdade de edificação e desenvolvimento da personalidade de alguém.

Nos casos de morte com intervenção, por exemplo, deve prevalecer a autonomia do sujeito, pois, além do fundamento constitucional, que dá mais valor à liberdade individual do que às metas coletivas, é forma de emancipação do indivíduo o seu reconhecimento como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas.

Manter a vida de quem não quer viver é equivalente a tortura ou tratamento desumano, vedado pelo art. 5º, III, CF, o que fere a dignidade e a vida com qualidade.⁴

Em idêntico sentido outras intervenções – excessivas – do poder público enquanto legislativo, executivo ou judiciário, devem ser contidas, no âmbito de proteção à autonomia do indivíduo sobre seu corpo físico.

Tome-se, por ser mais um caso pontual de grande polêmica na esfera jurídica, ética e social, a situação das cirurgias de redesignação sexual (*sex reassignment surgery – SRS*) que, atualmente, somente se realiza em casos específicos e eleitos pontualmente pelo Conselho Federal de Medicina como patológicos.

O fato de alguém pretender determinar sua condição de gênero é algo inteiramente individual e não terá o condão de atingir relevantes direitos alheios, até porque o aspecto instrumental do corpo é secundário na estética social. Aquele que pretender apresentar-se na sociedade com sexo (gênero) diverso, o fará independentemente de apresentar aspecto genital masculino ou feminino.

Não se está a olvidar os importantes aspectos médicos, biológicos e psicológicos acerca das diversas espécies e formas de homossexualidade – que pela objetividade que o texto encerra, fica impossível tratar –, que, sem dúvidas, podem variar no contexto de liberdades e impacto social.

O poder público deve, no entanto, criar políticas de atenção a pessoas que necessitem desses tipos de intervenção, orientando-as, para que os resultados das liberdades públicas não sejam prejudiciais à individualidade dos envolvidos. Não se trata simplesmente de negar o direito a uma ou outra manifestação individual através de lei. A lei não soluciona os conflitos íntimos e de subjetividade.

Na medida em que se apure a necessidade de proteção do outro, a partir dessas situações individuais, mecanismos de políticas públicas deverão ser efetivados, nascidos dos casos concretos e da experiência social.

Sob o argumento da proteção, o Direito acaba por limitar garantias de liberdade individual, tornando-se incoerente com seus próprios fundamentos, especialmente constitucionais. A tutela não deve exaurir-se em meras limitações.

4 Veja o pensamento de George Salomão Leite: “A manutenção da vida contrária à vontade do seu titular, na situação aqui exposta, contrapõe-se ao dispositivo constitucional que estabelece que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*. Para um paciente terminal que pretende abdicar da vida, a sua manutenção constitui-se em uma verdadeira tortura, não só física, mas também psíquica. Trata-se de uma violação à integridade física e moral, compreendendo estas duas facetas: o direito de não sofrer tortura ou tratamento desumano ou degradante e o direito de não sofrer intervenções psíquicas ou físicas sem o seu consentimento. O ser humano é detentor de livre-arbítrio, sendo responsável pelas decisões que venha tomar no que diz respeito ao exercício dos seus direitos e cumprimentos de suas obrigações. A capacidade de autodeterminação do indivíduo associada à dignidade constitui os fundamentos do direito de morrer.” (LEITE, 2008, p. 160).

Pietro Perlingieri, falando dos incapazes – mas que com alguma razão pode ser aplicado ao contexto geral das pessoas –, bem especifica o âmbito pelos quais os *institutos de proteção* (em suas palavras) devem atuar:

Todo homem é, como tal, titular de situações existenciais representadas no *status personae*, das quais algumas, como o direito à vida, à saúde, ao nome, à própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais, ou pelo menos, de algumas formas de inteligência comumente entendida. O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não pode se traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa. (PERLINGIERI, 2002, p.164).

O Direito brasileiro, ao mesmo tempo em que garante a dignidade como autonomia (art. 1º, III, CF), a liberdade (art. 5º, caput, CF) e a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF), veda a disposição do *próprio* corpo a critério do seu titular, que no art. 13⁵, do Código Civil é tido como complemento do direito constitucional à vida e saúde (art. 5º, igualmente no caput). Esta é uma aparente contradição no sistema.

Observa-se o quanto os atos de disposição do próprio corpo são limitados. A integridade física dos indivíduos, sendo um direito da personalidade, é tido como irrenunciável, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, com exceção dos casos previstos em lei, como dispõe o artigo 11 do Código Civil que diz que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

O art. 13, na sua rigidez, não permite o livre desenvolvimento da personalidade através de atos de disposição do corpo que venham a reduzir a integridade física do sujeito de forma permanente ou vá contra os bons costumes, pois sua integridade não pode sofrer limitação de forma voluntária, vide a irrenunciabilidade do direito da personalidade à integridade.

Ora, o direito à vida e à saúde devem ser entendidos, como de sempre deveriam ter sido, como direitos hábeis a proporcionar qualidade de vida.

5 Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo-único. O ato previsto nesse artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

É neste sentido que os adeptos da linha religiosa evangélica designada como “testemunhas de Jeová” argumentam que de nada adianta manter a vida – à custa de transfusão de sangue – se ela será impura (a partir de seus postulados doutrinários) e infeliz.⁶

Stefano Rodotà, a partir do art. 32 da Constituição italiana, entende que aludida carta maior limitou o legislador que, em nenhum caso, poderá violar os limites da dignidade da pessoa humana. Nenhuma vontade externa, diz o autor, pode superar a do interessado. (RODOTÀ, 2010, p. 16).

O direito à vida, o conceito de dignidade humana e seus corolários, hoje, em verdade, são considerados mais em face da técnica do que da individualidade. Sobre a questão da técnica cita-se Herbert Marcuse: “A técnica por si mesma pode promover tanto o autoritarismo quanto a liberdade, tanto a escassez quanto a abundância, tanto a extensão quanto a abolição da labuta”. (MARCUSE, 1996, p. 113).

Equiparando o homem à máquina, quando se descuida no valer-se excessivo do pensamento técnico, o autor continua:

Os fatos que dirigem o pensamento e ação do homem não são fatos da natureza que devem ser aceitos a fim de serem doutrinados, ou fatos da sociedade que precisam que precisam ser mudados por não mais corresponderem às necessidades e potencialidades humanas. Ao invés, são fatos do processo da máquina que aparece ele próprio como corporificação da racionalidade e da eficácia (MARCUSE, 1996, p. 118).

Não há problemas com a abordagem técnica dos assuntos descritos neste escrito. A técnica, por óbvio, é importante.

O problema nasce, no entanto, quando se deixa de lado a coerência na análise dos fundamentos, passando-se a utilização de argumentos de autoridade sob a rubrica de técnica, visando a construir falsas (ou aparentes) ideologias e crenças. Exemplo disso é o espetáculo midiático que envolve a sociedade contemporânea. Os mais fortes em “propaganda” vencem o debate, propiciando o nascimento de opiniões que beiram ao absoluto, com difíceis possibilidades de serem contrariadas ou modificadas.⁷

Outro aspecto que também deve ser considerado reportando-se ao artigo 13 do Código Civil e sua análise em relação à Constituição Federal de 1988, refere-se ao fato

6 Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa. (MIRANDA, 2003, p. 304).

7 Veja o ensinamento de Heidegger: “A ameaça dos homens não vem primeiramente das máquinas e aparelhos da técnica cujo efeito pode causar a morte. A autêntica ameaça já atacou o homem em sua essência. O domínio da armação ameaça com a possibilidade de que a entrada num desabrigo mais originário possa estar impedida para o homem, como também o homem poderá estar impedido de perceber o apelo de uma verdade mais originária.” (HEIDEGGER, 2007, p. 81)

que o art. 13 não se limita apenas a restringir os atos de disposição do corpo em virtude de diminuição permanente da integridade física, mas também, em virtude desses atos infringirem os bons costumes, ou seja, é a limitação da liberdade dos indivíduos de dispor de seus próprios corpos sob a justificativa de infringirem os costumes difundidos na sociedade.

Por outro lado, exige-se cautela ao se limitar alguma liberdade em nome dos bons costumes, segundo alerta Tepedino (apud. ALVARENGA, 2010, p. 28) dizendo que “Em uma sociedade pluralista, 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’”.

O Brasil, sendo um país com notória diversidade cultural, abrigando pessoas das mais variadas descendências, cores, religiões e costumes, seria uma tarefa extremamente arriscada impor uma limitação a alguma liberdade das pessoas em razão de uma ofensa aos “bons costumes” de forma justificada. A variedade de costumes e estilos de vida presentes na cultura dos inúmeros grupos que compõe a nossa sociedade não permite facilmente que se proteja um costume em detrimento de outro, pois a constituição condena qualquer forma de discriminação.

Tal conceito deve ser, contudo, interpretado sob a ótica do ordenamento democrático pluralista. Nesse sentido, através de uma leitura constitucionalizada, o termo “bons costumes” deve ser entendido como moralidade constitucional, em consonância com os princípios fundamentais da República, principalmente a dignidade da pessoa humana. (ALVARENGA, 2010, p. 28).

Assim, os “bons costumes” devem ser analisados a partir de um ponto de vista constitucional, atentando-se principalmente para o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que se respeite o direito dos indivíduos de serem diferentes, de possuírem a própria cultura e os próprios costumes, garantido que possam livremente desenvolverem a própria personalidade através da disposição do próprio corpo.

Os bons costumes a serem preservados não podem ser os costumes de um grupo específico, bem como não se deve desprezar os costumes de um grupo por ser uma minoria, pois corre-se o risco de se tomar decisões autoritárias, instaurando-se uma ditadura da maioria, restringindo-se as liberdades de uma parcela da sociedade, afetando a sua dignidade, pelo fato de não possuir grande visibilidade no meio social.

O que se espera, portanto, do Direito, é que a técnica de análise dos costumes seja a que se edifique na prospecção de autonomia consciente e justificada nos elementos de um direito civil-constitucional, a partir da liberdade e da responsabilidade.

4. Limites à Autonomia Corporal e à Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, como já exposto, é formada a partir de três conteúdos mínimos: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário, este também chamado de dignidade enquanto heteronomia.

A dignidade como autonomia e a dignidade como heteronomia se contrapõem. A primeira, refere-se a capacidade do ser humano de se autogovernar, ao passo que a dignidade como heteronomia tem como objetivo limitar essa autonomia que a pessoa humana possui, como explicam Barroso e Martel (apud. SILVA, 2013, p. 15-16): “A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo”.

Assim, a limitação que dignidade como heteronomia provoca, funciona de forma a proteger o indivíduo de suas próprias condutas como forma de resguardar a sua dignidade. Em outras palavras, o valor comunitário da dignidade, limita a autonomia do indivíduo (que também é conteúdo mínimo da dignidade) como forma de resguardar-se. Pode ser entendido como um escudo contra os excessos da autonomia.

A heteronomia possui grande importância, pois tem como objetivo criar um equilíbrio de vontades entre os indivíduos na sociedade, evitando-se assim o caos (SILVA, 2013, p. 16).

De acordo com Alexandre Barbosa da Silva (2013, p. 18) porém, “Sob o argumento de proteção, o Direito acaba por limitar garantias de liberdade individual, tornando-se incoerente com seus próprios fundamentos, especialmente constitucionais. A tutela não deve exaurir-se em meras limitações”.

A autonomia dos indivíduos merece atenção especial, só sendo possível limitações quando houver a possibilidade de prejuízos coletivos, porém, “em uma perspectiva de interesses individuais homogêneos ou heterogêneos claros e específicos”, e não um mero perigo coletivo abstrato (SILVA, 2013, p. 16).

Dessa forma, a autonomia, apesar de ser essencial para a garantia da dignidade dos indivíduos, não é absoluta. Deve-se, não obstante, atentar para o quanto se limita, visando-se a evitar que a aludida limitação padeça de ilegitimidade. Para que seja legítima somente deve acontecer para precaver reais prejuízos, tanto para um único indivíduo, quanto para a coletividade.

De tudo o que se viu, talvez seja fácil imaginar que a posição constante deste escrito esteja na perspectiva da visão *Subjetivista* da análise dos direitos da personalidade – falando-se especialmente da dignidade – em detrimento da posição *Normativista*.

O que se deseja, em verdade, é uma interlocução entre ambas, ou seja, quando se tenha que tratar de aspectos que envolvam unicamente alcance de vontade individual, importante que seja colocado em voga o argumento subjetivista, por meio do qual deva ser salvaguardada integralmente a autonomia da pessoa para agir ou se omitir, independentemente da vontade do Estado ou da Lei.

Em outras hipóteses, quando se verificar que uma vontade íntima terá efeitos concretos sobre a esfera de direitos constitucionais – e efetivos – de terceiros, e apurando-se que no utilizar dos critérios jurídicos de solução de conflitos entre direitos fundamentais, o seu interesse restar vencido, relevante que se efetive o pensamento Normativista, limitando direitos inicialmente previstos.

5. Conclusões

As limitações a direitos individuais sobre o próprio corpo, de tudo o que se viu, merecem ser relativizadas. As garantias constitucionais de liberdade e livre desenvolvimento da personalidade devem prevalecer sobre o intento legislativo de proibir o uso do corpo para as finalidades individualmente preferidas, dentro de um contexto pautado pela razoabilidade.

Sugere-se, portanto, que não sejam absolutas as situações que limitam, atualmente, os direitos individuais ligados ao livre desenvolvimento da personalidade, especialmente no manuseio do corpo. A análise geral da moralidade não tem o condão de dar conta das demandas sociais, e individuais, contemporâneas.

O desafio é enfrentar o que já se denominou como “estouro dos limites da moral ocidental e das teorias do conhecimento”, ou seja, não basta liberar tudo e nem proibir tudo. O que se tem por fazer é aprofundar estudos que conduzam ao balanço da equação “interesse *versus* prejuízo individual e social”. A tarefa não é fácil.

A ideia moderna de subjetivismo, já não é mais suficiente para atender ao momento histórico que se descortina à nossa frente, motivo pelo qual se torna importante o debate sobre as liberdades pessoais, não como tem acontecido: a partir da lei. A lei deve, isso sim, ser discutida a partir dos interesses individuais, em uma perspectiva coletiva séria, sem politicagens, reducionismos religiosos, ou interesses unicamente econômicos.

A discussão deve girar, assim, em torno do prestígio à intenção científica, com fundamento nos dados estatísticos e jurídicos que envolvam os problemas pontuais da sociedade e dos indivíduos. Isso favorecerá o desenvolvimento de normas e posturas públicas que sejam acentuadamente mais coerentes no atender das vontades das pessoas, quando consideradas individualmente, em total sinergia com os costumes sociais constitucionalmente protegidos.

6. Referências

- ALVARENGA, Luísa Barran de Mello. **Atos de disposição sobre o próprio corpo: O caso da Bodymodification**. 2010. 59f. Monografia (Bacharel) – Departamento de Direito, PUC, Rio de Janeiro, 2010.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **O princípio fundamental da Dignidade da Pessoa humana e a sua concretização judicial**. Web, 2008. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2014.
- BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. 2010. *In*: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-morte-como-ela-e-dignidade-e-autonomia-individual-no-final-da-vida>
- BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Web, 2005. Disponível em : <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 20 de março de 2014.
- _____. **“Aqui, lá, e em todo lugar”**: A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, v. 919, p. 127-196, maio de 2012. Disponível em:< http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2014.
- _____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público**. Mimeografado, dezembro de 2010. Web, 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 20 de março de 2014.
- CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. Centelha, 1981. v.1.
- ENTERÍA, Eduardo Garcia. **La lengua de los derechos. La formación Del derecho público europeo tras La revolución francesa**. Madrid. Aliança Editorial, 1995. p. 33 e 84.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

- HEIDEGGER, Martin. **A questão da técnica.** *Sci. stud.* [online]. 2007, vol.5, n.3, pp. 375-398. ISSN 1678-3166.
- LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. [coords]. **Direitos fundamentais e estado constitucional: Estudos em homenagem a J.J.Gomes Canotilho.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008. [p. 137-162].
- LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi,** Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 14 mar. 2014.
- MARCUSE, Marcuse. **Algumas implicações sociais da tecnologia moderna.** In: Praga: Revista de estudos marxistas n.1. Editora Boitempo. 1996. p. 113.
- MIRANDA, Jorge. **Constituição e cidadania.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 164.
- _____. **La dottrina del diritto civil nella legalità costituzionale.** In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, nº 31, jul./set. 2007. p. 75-83.
- PINTO, Paulo da Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Portugal- Brasil Ano 2000.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 157-158.
- RODOTÁ, Stefano. **Che cos'è Il corpo?** Roma. Luca Sossella Editore, 2010.
- SILVA, Alexandre Barbosa da. **De quem é o “próprio” corpo? A interferência do Estado nas Liberdades de disposição do corpo.** Univel, Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, Cascavel, n. 2, ago. 2013.