

## **Autonomia Privada Existencial e Paternalismo Jurídico: O caso da autonomia corporal**

**Aluno: Rodrigo Lima e Silva de Freitas**

**Orientador: Caitlin Sampaio Mulholland e Thamis Ávila Dalsenter**

### **Introdução e delimitação do tema**

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

A fim de buscar critérios para a solução desta problemática, a presente pesquisa, tem como ponto principal a análise do embate entre o paternalismo jurídico e a autonomia privada existencial. De um lado, afigura-se a autonomia como um instrumento viabilizador do direito de liberdade, que, se materializando na autodeterminação pessoal, converge com a própria *ratio* de toda a extensa tábua axiológica constituinte. De outro, a intervenção Estatal, que, acobertada por um discurso social e paternalista, de fundo também constitucional, aparenta proteger o próprio indivíduo, mas, na realidade, traduz-se muitas vezes em uma verdadeira ablação jurídica de posições subjetivas do próprio direito de liberdade [1].

De forma mais específica, o presente trabalho buscou fornecer critérios para a análise da legitimidade ou não da intervenção estatal no que toca alguns dos direitos da personalidade. Conforme indica a doutrina, tais direitos são atributos de todo o ser humano, oponíveis a coletividade e ao Estado. São verdadeiros direitos subjetivos reconhecidos ao indivíduo, os quais expressam um conjunto de atributos inerentes a pessoa humana, cujo objeto são os diversos aspectos do próprio sujeito no seu aspecto, físico, intelectual e moral. Para fins de organização do trabalho, podem ser separados em dois grupos: (I) direito à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (II) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome dentre outros [2]. Nesta pesquisa, interessam mais diretamente os direitos separados no primeiro grupo, que se encontram regulados pelos Art. 13, 14 e 15 do Código Civil[3] e situam-se, em particular, na esfera da autonomia corporal.

### **Objetivos**

Tendo em vista essa problemática, o que se pretendeu ao longo desse trabalho foi: 1) Construir uma base teórica que pudesse firmar critérios qualitativos aptos a nortear o intérprete quando da análise deste embate; 2) posteriormente, buscou-se aliar tais critérios ao exame de casos concretos, a fim de fosse possível chegar a soluções constitucionalmente adequadas.

### **Metodologia**

A *priori*, procurou-se levantar dados doutrinários, legais e jurisprudenciais que versassem sobre o direito a autodeterminação corporal - como expressão do projeto de livre desenvolvimento da personalidade - em contraposição ao paternalismo jurídico estatal. Nesta fase, a análise jurisprudencial se deu em duas etapas: 1) num primeiro momento, buscou-se examinar as decisões prolatadas pelos tribunais pátrios, restando-se pertinentes para a pesquisa, os editos proferidos pelos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro; de São Paulo; de Minas Gerais; do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça. 2) Num segundo

momento, alargou-se o campo de pesquisa para a esfera dos Tribunais estrangeiros. Neste particular, mostraram-se relevantes as decisões dos Tribunais Alemães e Franceses.

Em seguida, já na fase de escrita do trabalho, almejou-se, primeiramente, consolidar as bases teóricas que permitam a edificação de uma corrente *civil-constitucional*. Após, o trato se deu na análise de uma técnica hermenêutica constitucionalmente adequada, que forneça ao julgador meios técnicos pertinentes quando da interpretação de princípios constitucionais. Em seguida, buscou-se entender que princípios são esses e quais os seus contornos dentro do ordenamento atual. No continuar, foram analisados os conceitos de autonomia existencial, em geral - e autonomia corporal, em particular - bem como o trato do paternalismo jurídico à luz da incidência destes princípios. Neste limiar, foram levantados argumentos pró e contra o paternalismo. Por conseguinte, incidiu-se na análise dos artigos 13, 14 e 15 do Código civil, sob a égide dos valores constitucionais. Nesta fase, foram analisados os princípios jurídicos específicos que os norteiam. Desta análise buscou-se criterizar resoluções gerais para o embate entre paternalismo e autonomia corporal. Ao final, após o entendimento de uma extensa base teórica, foram examinados casos concretos sobre o tema, a fim de que se conseguisse aliar teoria à práxis, chegando-se a soluções adequadas à Constituição. Dentre os casos analisados estão: a) a questão dos atos acráticos; b) o barebacking c) o caso dos Transexuais; d) o Caso do arremesso de anão e o “Peep Show” e) os adeptos ao “body modification” e o caso da mutilação dos dedinhos do pé.

### **Da Base Teórica: A teoria “problematizante” do Direito como sustentáculo de um Direito Civil-Constitucional.**

No prefácio à obra de Luiz Edson Fachin, intitulada *Teoria Crítica do Direito Civil*, Carlos Eduardo Pianovski ensina que é possível qualificar as teorias do Direito sob ao menos duas perspectivas: de um lado, a chamada teoria “totalizante” do Direito e, de outro, a “problematizante”.

A primeira, conforme discorre o autor, se coaduna com as teorias positivistas constituídas ao longo do século XIX. Esta apresenta uma pretensão de apreender e sistematizar o saber jurídico à luz de uma lógica estritamente formal, com uma configuração, via de regra, estática e enclausurada a seus próprios pressupostos [4]. Em outras palavras, ela reconhece o ordenamento jurídico como algo neutro, fechado a valores, que, com o seu normativismo e formalismo exacerbado remonta a aparente ilusão de que a letra fria da lei, *per si*, é capaz de trazer a resolução a qualquer conflito que venha a surgir. Traz, a seu turno, uma ideia soberba de completude e perfeição sistema que, ao revés, acaba sendo muito criticada, pois reduz a complexidade do viver em sociedade a um artificialismo conceitual incoerente com a realidade.

A segunda por sua vez, reconhece o fenômeno jurídico não como algo a ser artificialmente reduzido a classificações e conceitos, mas sim, como uma circunstância inexorável, cuja apreensão jamais pode pretender ser integral ou dotada de uma lógica formalmente precisa [5]. Convergindo com as teorias pós-positivistas [6], esta corrente passa a tratar o direito como algo dinâmico, pois convalida o caráter efêmero de qualquer sociedade, que, a todo o momento, vem se transformando e evoluindo, por meio do repensar em convicções já consolidadas [7]. Constrói, assim, as bases para um direito inclusivo, o qual, sem negar a normatividade das leis e da Constituição [8] (a princípio estáticas), busca se adequar às mais variadas visões de mundo, presentes em qualquer sociedade minimamente complexa.

Partindo destas premissas teóricas, se escolheu trabalhar com esta segunda visão, pois, sem dúvida, esta é a teoria geral que fornece um sustentáculo firme para o que, em particular, denomina-se de *Direito Civil-Constitucional* [9]. De maneira geral, esta corrente, partindo do

princípio da supremacia da Constituição [10], reconhece que a Carta maior é o eixo central do ordenamento jurídico [11], o que, por derradeiro, imprime às disposições de natureza civil uma ótica de análise através da qual se pressupõe a incidência direta e imediata das regras e dos princípios constitucionais sobre todas as relações interprivadas [12].

Ela, por sua vez, encontra-se na antítese das concepções tradicionais do Direito Civil. Estas se contentam em esposar soluções fechadas pelo legislador, adequando-se, como já assinalado, a um sistema totalizante, preso às amarras da letra da lei. Já a ótica *civil-constitucional* trabalha com um viés problematizante do Direito Civil, pois promove a abertura das relações interprivadas a uma Constituição que aflora os mais variados (e conflitantes) valores de uma sociedade que se encontra em constante mutação. Nas palavras de Luiz Edson, tem-se aí uma verdadeira “teoria do desassossego”, e não das certezas prontas e acabadas. Trata-se de uma construção que busca “haurir o legado do pretérito, reconstruindo-o para o porvir” [13].

Sob este viés, portanto, a norma constitucional assume, no direito civil, a função de modificar – validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, e á luz de seus valores e princípios – os institutos tradicionais [14]. Conforme será visto, *a posteriori*, consegue-se, desta forma, promover uma (re)leitura do direito civil, a fim de que seus institutos sejam utilizados para a concretização dos valores emanados pela Carta Magna.

No momento, porém, é importante frisar que, como já assinalado, esta reformulação do Direito Civil se dá através de uma Constituição que abriga valores e interesses dos mais diversos. Desta forma, não é difícil perceber que, no mais das vezes, acabam entrando em choque quando aplicados no caso concreto. Neste sentido, torna-se necessário o estudo cuidadoso do significado de cada um desses valores e a exposição de tais características no momento de sua concretização [15], com vistas a se conseguir estabelecer parâmetros mínimos de equidade e justiça, quando da interpretação Constitucional. A continuação do trabalho se dará nestes passos; no próximo tópico serão expostas tais características para que se possa trabalhar daí com um método adequado de interpretação Constitucional.

### **Por uma adequada interpretação Constitucional: A Ponderação de Princípios. [16]**

Como salientado, já se encontra amplamente aceita na doutrina Civil-Constitucional a importância da aplicação direta dos valores Constitucionais às relações privadas. Tais valores são expressos por princípios, que lhe atribuem positividade - tratando-se pois, de verdadeiras normas que *impõem a realização de um valor* [17]. Dotados de alto grau de abstração, não prevêem situações determinadas, nem tampouco, efeitos jurídicos específicos. Esposam apenas, "estados ideais" que, sem especificar uma conduta a ser seguida [18], orientam e condicionam a compreensão de um dado ordenamento.

Atualmente, a dimensão ética e a força normativa dos princípios são os verdadeiros ordenadores do sistema. Há vezes, porém, que entram em rota de colisão, tendo em vista abrigarem valores contrapostos igualmente relevantes. Desta forma, o que caracteriza este tipo de situação jurídica é a ausência, em abstrato, de uma única solução para o conflito, pois para o mesmo caso concreto, encontram-se diferentes soluções legais possíveis, validadas por diferentes princípios. A título de exemplo pode-se citar a colisão entre a livre iniciativa e a proteção ao consumidor [19]; direito de propriedade e função social da propriedade [20]; liberdade de informação e direito de imagem [21] e autonomia corporal e paternalismo jurídico, objeto de análise deste trabalho.

Com efeito, acabam tendo um complexo mecanismo de aplicação. Dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles impõe a adoção do critério da *ponderação de valores* [22], vale dizer, deverá o intérprete averiguar qual deles, na hipótese *sub examine*, será atribuído *grau de preponderância* [23]. Devem, neste sentido, ser combinados através de

relações de reciprocidade e preferência, pautados por um *critério de proporcionalidade* [24], para que se possa, sempre que possível, buscar um ponto intermediário de compatibilização entre eles.

Vê-se, assim, que o papel do intérprete passa a ter uma parcela de (re)criação do direito. Para que se legitimem escolhas, este terá de se servir dos elementos da teoria da argumentação, para convencer os destinatários do seu trabalho de que produziu a solução constitucionalmente adequada [25]. Daí a necessidade de os operadores do direito conhecerem não só a letra da lei, mas também a lógica axiológica que, por detrás dela, lhe confere aplicabilidade. É ao reconhecer está lógica, que o intérprete conseguirá se vincular aos valores primordiais do ordenamento jurídico.

A continuação do trabalho se dará nestes passos. Reconhecidas as bases teóricas que fundamentam o trabalho do intérprete, se buscará, a seguir: a) entender que ordem axiológica é esta, b) de que modo ela afeta o Direito Privado, em geral c) e, em particular, de que modo ela afeta a autonomia corporal.

### **A Dignidade da Pessoa Humana como cláusula geral de tutela da Pessoa**

Dentre os contornos que permeiam o ordenamento atual, sem dúvida, o mais importante deles é o *princípio da dignidade da pessoa humana*. É ele que confere unidade axiológica à Constituição, sendo o fundamento máximo de nossa república e o vetor central de nosso sistema. Impõe, a seu turno, a proteção integral da pessoa humana, alcançando todos os setores da ordem jurídica, valendo-se como o fim a que se destina o ordenamento. Por essa razão, é consagrado com um valor no qual a ordem jurídica passa a se apoiar e se constituir, servindo-se como o principal critério material para a ponderação de interesses quando da colisão de princípios constitucionais [26].

Tendo em vista o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, com históricas raízes no Cristianismo, foram os processos de racionalização e dessacralização ocorridos durante os séculos XVII e XVIII que possibilitaram a construção kantiana de dignidade fundamentada na autonomia ética do ser humano [27] [28].

Neste passo, foi após a Segunda Guerra Mundial que os postulados kantianos vieram a se consolidar juridicamente. Em razão das atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo [29], a comunidade internacional passou a se incumbir da tarefa de criar diversos diplomas normativos [30], os quais tinham como fulcro central, a tutela integral da pessoa humana [31]. Contudo, no Brasil, tal tendência só se consolidou após a promulgação da carta Constitucional de 88. Ela, ao explicitar, no art. 1, III, a dignidade da pessoa humana como um dos "fundamentos da República", proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática [32].

Tal princípio, portanto, passou a conferir uma reordenação nos contornos e limites do ordenamento, balizando tanto as relações privadas quanto às públicas à luz de um único fim: o respeito integral à pessoa humana. Insurgiu-se, assim, a necessidade de olhar o Direito de forma sistemática, entendendo-se que a dignidade humana se insere em todos os confins do ordenamento, sendo fonte e núcleo essencial de qualquer direito previsto pela ordem jurídica.

Por esta razão, dada a sua natureza aberta, esta noção permite ser ampliada em infinitas conotações, o que, por conseguinte, pode trazer para o conceito um risco de generalização absoluta. Levada ao extremo, tal postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação [33].

Sendo assim, coube a doutrina dar maior densidade jurídica ao conceito, tratando-se de delimitar seus limites e sua aplicabilidade. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes buscou extrair do conceito, um importante esquema teórico, denominado de *substrato material da dignidade*:

"O substrato material da dignidade assim entendida se desdobra em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem 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. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social" [34].

De acordo com essa perspectiva, a transformação da dignidade humana em superprincípio revelou a insuficiência de alguns dos institutos clássicos do direito privado tradicional [35].

Por algum tempo o estudo do direito Civil se centrou no *ter*, enquanto o *ser* ficou marginalizado como categoria jurídica. Num primeiro momento, o Direito Civil tradicional, permeado pela *ethos* liberal-burguesa, elegia o Direito de propriedade como seu elemento unificador. Tinha-se uma ordem eminentemente patrimonialista que, através da rígida dicotomia entre o direito público e o privado, criava uma redoma protetora ao indivíduo para que, isoladamente, desenvolvesse com plena liberdade a sua atividade privada. Buscava-se tutelar as relações patrimoniais, *per se*, de forma a viabilizar a transmissão de bens e o funcionamento da vida econômico-social, que, pautada em uma lógica individualista e empresarial, traduzia os interesses do indivíduo-proprietário.

Neste sentido, sob a exegese dos direitos subjetivos, emanados pelas cartas oitocentistas, a senhoria da vontade tornava-se interesse juridicamente protegido, o que, por derradeiro, dava aos privados o poder absoluto de gerir livremente as relações nas quais se envolvessem. Consolidava-se, assim, uma sociedade aparentemente livre das amarras do Estado. Contudo, por detrás dessa prerrogativa, buscava-se, na realidade, assegurar a base jurídica requerida pelo modelo de produção liberal-burguês. Buscava-se, desta forma, permitir o desenvolvimento da econômica de mercado, e da livre concorrência. Neste sentido, pôde-se ver que o discurso de aparente liberdade, traduzia-se, na realidade, em uma lógica de exclusão e desigualdade fática. Este modelo não assegurava liberdade real a todos, mas apenas para aqueles que possuíssem condições econômicas suficientes para a autodeterminação, ou seja, apenas para uma classe de pessoas: a dos proprietários [36]. Os demais, ao revés, prostravam-se à margem da sociedade, estando à mercê da lógica de exploração capitalista [37].

Atualmente, porém, tendo por base a constitucionalização do Direito Privado, esta ótica mostra-se invertida. Ao eleger a Dignidade humana como fundamento da república, a Constituição Federal de 1988, impôs uma nítida releitura dos tradicionais institutos do direito Civil à guarida dos interesses da pessoa humana. Estabeleceu-se, assim, uma verdadeira funcionalização das situações jurídicas patrimoniais à luz da promoção da dignidade da pessoa humana, de modo que o "*ser*" passou nitidamente a prevalecer sobre o "*ter*".

Por conseguinte, dada a "Personalização" do Direito Privado, foi possível perceber que o conceito de autonomia privada, materializado classicamente na liberdade contratual, tornou-se insuficiente para tutelar a pessoa humana. A definição atual, ao revés, passou a envolver um conceito mais amplo e qualitativamente diferente [38]: À luz da Dignidade da Pessoa Humana, ela envolve uma noção de autonomia existencial como um meio de autodeterminação pessoal. Assim, ela passa a se apresentar como um verdadeiro instrumento de promoção da personalidade. Por meio desta prerrogativa, garante-se a tutela à escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade humana de quem as pratica [39]. De

fato, ela passa a ser uma capacidade potencial dada a todo ser humano de buscar meios de concretização do seu ideal de vida digna, passando a ser um conceito promocional de valores.

### **A autonomia Corporal**

A autonomia corporal, entendida como a capacidade de autodeterminação da pessoa com relação ao seu próprio corpo, está inserida na seara da existencialidade ou extrapatrimonialidade, ou seja, é espécie do gênero autonomia existencial antes descrito [40].

Cuida-se de uma autonomia com vistas à tutela integral do corpo humano, voltada para a constituição de um sujeito singular, que, tendo um amplo domínio sobre sua integridade psicofísica, possa a construir, por si próprio, um corpo que lhe permita chegar ao seu ideal de vida digna. Cuida-se de uma ótica que não trata mais o corpo sob uma concepção dualista, cingida em corpo e espírito, que, conforme a tradição ética judaico-cristã, resultava na inviolabilidade sacra do corpo como instrumento para a realização de sua missão na Terra. Em seu lugar, na realidade, está-se diante de uma concepção unitária, a qual afasta a dissociação entre o corpo e a própria pessoa, e justifica a inexistência deste direito pela ausência de uma relação sujeito-objeto [41]. Trata-se da ideia de autonomia corporal adequada a noção de tutela à integridade psicofísica.

Neste sentido, ao constituir-se como um conceito promocional da livre determinação corporal, ela impede que sejam impostos limites abstratos a tal direito. Portanto, torna-se imperioso salientar que art. 11 do Código Civil, o qual consigna que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, deve ser interpretado à luz da Constituição.

Ademais, cabe também assinalar, que os atos de autonomia do particular, para que se repute legítimos, devem estar estritamente ligados aos fins e em razão e nos limites da dignidade humana. Desta forma, a proteção à dignidade passa a representar uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam, estando a autonomia corporal, como dito, adstrita apenas aos seus limites e não a uma limitação do legislador infraconstitucional [42].

Com efeito, a partir destas considerações, podem-se retirar outras conclusões relevantes. Deve-se entender que a autonomia corporal se realiza não só por meio dos direitos subjetivos, mas sim por meio de uma complexidade de situações subjetivas que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo ou como autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado; enfim, qualquer acontecimento ou circunstância (*rectius*, situação) juridicamente relevante [43].

Por conseguinte, a tal autonomia só pode ser encarada como um conceito aberto, pois ligada exclusivamente a um direito inerente a personalidade humana, o qual não possui limites legais rígidos. Desta forma, torna-se impossível delimitar seu campo de atuação, através de uma regulamentação taxativa. Na realidade, o conceito abrange não só as hipóteses dos arts. 13, 14 e 15, mas também um número ilimitado de hipóteses que, ligadas a autorealização corporal, se juntarão na ordem de tutela do ordenamento, estando limitado apenas, como dito, aos contornos do princípio da dignidade humana.

Por ser limitado, é fácil perceber ele não é um fim em si mesmo [44], mas sim um meio para a realização daquilo que justamente lhe contorna, qual seja, a dignidade da pessoa Humana. Ele, na realidade, se materializa através dos subprincípios da dignidade humana; seja, por exemplo, como expressão da liberdade, quando da hipótese de transplante de órgãos, seja como expressão da integridade psicofísica, quando do direito a recusa a um tratamento

médico. Desta forma, sendo uma prerrogativa emanada por tais princípios, ela se torna uma situação subjetiva que, ao tornar-se conflitante com outra, poderá ser objeto de ponderação.

Dentre as diversas hipóteses de conflitos, uma delas será, a partir de agora, analisada a fundo: Passar-se-á ao estudo do paternalismo jurídico bem como dos casos de conflito entre ele e a autonomia corporal; no intuito de que se consiga extrair daí critérios materiais que possam nortear o julgador quando da colisão de tais situações.

### **O Paternalismo Jurídico**

Viu-se, até então, que a dignidade humana e seus corolários buscam, por um lado, valorizar o indivíduo, seus direitos e sua redoma de autonomia, de forma a dar-lhe condições de exercer livremente toda a potencialidade de sua personalidade. Contudo, essa autonomia, como assinalado, não é absoluta. À luz da Dignidade da Pessoa humana, ela tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, tais como a solidariedade e a segurança jurídica. Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. Um mero sinal de trânsito, que quando fechado proibisse os motoristas de avançarem, seria concebido como manifestação inadmissível de arbítrio. A própria ideia de ordenamento evaporar-se-ia. Seríamos todos condenados a viver na anarquia, num “Estado de Natureza”, em que acabaria prevalecendo sempre a vontade do mais forte [45].

Portanto, é inevitável que o Estado, intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, seja para proteger o indivíduo de um ideal de vida que fuja aos preceitos da dignidade humana.

Nesta esteira, tal postura estatal acaba por deslocar o Direito, de uma posição personalista (até então analisada), para outra, diametralmente oposta, classificada como paternalista. Nas palavras de Gerald Dworkin, o paternalismo seria uma “interferência na liberdade de ação do indivíduo, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coagida” [46]. Contudo, o paternalismo é gênero do qual decorrem diversas espécies, como o paternalismo médico, o paternalismo político, o paternalismo benevolente, como expressão da relação entre pais e filhos, e o paternalismo jurídico [47].

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

“O paternalismo jurídico [48] 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”.

Ainda, complementa a autora:

[O paternalismo Jurídico] “a) envolve uma ablação jurídica de posições subjetivas do(s) direito(s) de liberdade de um indivíduo ou grupo contra a sua vontade; b) 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” [49].

Ademais, o paternalismo jurídico pode ser categorizado em tipologias de acordo com o fim a que se destina. Dentre elas estão:

a) Paternalismo fraco: O paternalismo fraco é aquele aplicado a indivíduos ou grupos, nos quais há sólidas razões para acreditar que a capacidade de tomar decisões não seja plena,

como crianças, adolescentes e pessoas com transtornos mentais severos [50]. Da mesma forma, é aplicado em hipóteses nas quais se julga necessário intervir, dada a dúvida sobre a capacidade ou não do agente para praticar o ato. São exemplos desta intervenção paternalista: a1) a ação que visa 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 a2) a ação que visa tirar a pessoa da frente de um ônibus mesmo sem saber se ela deseja levar a vida a termo [51].

b) Paternalismo forte: É a intervenção aplicada a indivíduos plenamente capazes e informados sobre os riscos de sua conduta. Está ligada as hipóteses de atos prejudiciais aos indivíduos, mas mesmo assim praticados por eles. É a intervenção sobre os chamados *atos acráticos*, decorrentes de uma suposta *fraqueza de vontade* do agente. São tradicionalmente identificados nas políticas públicas como b1) campanhas de combate ao fumo, leis que proíbem o fumo em lugares fechados b2) leis que determinam índices de consumo alcoólico compatíveis a direção de veículos automotivos b3) leis que restringem o porte de armas b4) leis que impõem a vacinação obrigatória b5) políticas públicas que determinam o controle intenso de doenças [52].

c) Paternalismo puro: Ocorre quando o indivíduo ou grupo que tem sua liberdade constricta é o mesmo cujo bem é pretendido. Obrigar o uso de cinto de segurança, por exemplo, é caso de paternalismo puro, pois essa restrição de liberdade tem por fim o bem das próprias pessoas obrigadas a cumprirem a determinação [53].

d) Paternalismo impuro: Nesta intervenção os indivíduos ou grupos que têm sua liberdade constricta não se identificam exatamente com aqueles cujo bem se promove pela medida – os protegidos podem incluir o grupo, sem constituir sua totalidade. Neste sentido, proibir a fabricação de cigarros, para proteger a saúde dos fumantes, é caso de paternalismo impuro, pois os fabricantes teriam sua atividade restringida para ajudar os consumidores do tabaco [54].

Desta feita, esta tipologia foi muito importante 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 plausíveis [55], diminuídas ou ausentes [56]. Neste caso, não há que se falar em uma ablação jurídica do direito de liberdade, nem, por derradeiro, em uma contraposição de valores individuais e sociais. Tem-se, na realidade, uma intervenção que se impõe obrigatória ante a inexistência – inconteste - de autodeterminação individual.

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

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

A seguir, serão descritos alguns argumentos contrários e favoráveis à aceitação do paternalismo. (a) Argumentos contrários à aceitação do paternalismo jurídico: (a.1) o paternalismo jurídico desconsidera ou oferece pouca importância à liberdade individual; (a.2) o paternalismo jurídico não se coaduna com o fato do pluralismo [57]; (a.3) o argumento paternalista possui um caráter ad infinitum que o torna demasiadamente arriscado; (a.3) 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; (a.4) o paternalismo jurídico é demasiadamente aberto ao desvio e ao mau uso; (a.5) o paternalismo jurídico impede que os indivíduos sejam tratados como sujeitos morais iguais [58].



Neste sentido, é necessário destacar que tais argumentos valorizam a defesa da chamada *dignidade como autonomia*, que Luis Roberto Barroso e Letícia Martel tão brilhantemente desenvolvem em: “*A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia individual no Final da Vida*”. Esta concepção, avessa ao paternalismo jurídico e, de certo modo, pondo em destaque os princípios da liberdade e da igualdade [59], pauta-se em quatro aspectos essenciais: a) Capacidade de autodeterminação; b) Condições para o exercício de autodeterminação; c) Universalidade e d) Inerência da dignidade ao ser humano [60].

Em apertada síntese, o primeiro aspecto envolve o direito da pessoa de desenvolver livremente a própria personalidade, através da ideia de que o sujeito é capaz, por si só, de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los quando estes incidirem sobre decisões de sua própria vida, tais como: religião, casamento, ocupações ou outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros. O segundo item complementa a ideia já desenvolvida sobre o princípio da liberdade, ao argumento de que, para que ele se repete eficaz, o estado deve assegurar ao indivíduo um *mínimo existencial*. Este, instrumental ao desempenho da autonomia, traz a ideia da necessidade de uma garantia mínima de condições econômicas, educacionais e psicofísicas para a livre concretização dos planos individuais de vida. Por último, ensinam os autores que o terceiro e o quarto aspecto – Universalidade e Inerência – costumam andar lado a lado. O cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe que ela seja respeitada e promovida de modo universal. Ao mesmo tempo, é conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica. Portanto, uma possível contingência entre pessoas (como mais ou menos dignas) representariam uma afronta à dignidade [61].

Com ela são fomentados o pluralismo a diversidade e a democracia de uma maneira geral [62]. Todavia, como já assinalado, esta noção – que se atrela tão intimamente às concepções de liberdade e autonomia privada – não pode ser absoluta ou ilimitada. Daí a necessidade da imposição de valores externos aos sujeitos – materializados na hipótese sob exame, pelo paternalismo jurídico.

Passa-se, a seguir, à análise dos (b) argumentos favoráveis à aceitação do paternalismo jurídico. (b.1) Sua não adoção implica no descaso aos concidadãos, representando a quebra de vínculos que deveriam unir as pessoas em uma sociedade política; (b.2) 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; (b.3) 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; (b.4) existem inúmeras medidas jurídicas paternalistas nas sociedades políticas atuais, cuja plausibilidade é aceita [63].

Vê-se que através de tais argumentos, busca-se defender antes os valores compartilhados pela sociedade do que aqueles de cunho individual. Nesta perspectiva o ideal de vida digna, não parte mais de um enfoque individual, mas sim de um padrão social construído externamente ao sujeito, aliado ao interesse público, ao bem comum, aos bons costumes, dentre outros. Através de um marco utilitarista justifica-se a intervenção paternalista como uma forma de maximização dos critérios gerais de bem estar e prazer. Busca-se, desta forma, o fomento e a preservação de valores sociais, tidos como os mais adequados para o bem viver individual.

Neste sentido, passa-se de uma ideia de dignidade como autonomia, para uma concepção de dignidade como heteronomia. A liberdade passa a não ser mais o seu eixo central, mas sim, o discurso paternalista, sob o qual se busca freiar tal liberdade, no sentido de

obstar escolhas que possam comprometer valores socialmente consolidados. Isto significa, pois, que a dignidade como heteronomia, expressão do discurso paternalista, fulcra-se numa ideia de que estes valores se sobrepõem à liberdade individual, trazendo consigo a noção de que há indignidade mesmo quando o sujeito não considera que suas escolhas ou os resultados delas sejam indignos [64].

Apresentado o embate, ve-se que, sem dúvida, o paternalismo – pautado por um discurso social, expressão de uma dignidade como heteronomia – é, por definição, contrário à autonomia privada – calcada em uma dignidade como autonomia na qual se priva pelo direito de liberdade. Desta forma, cumpre-se indagar novamente: como fixar parâmetros para verificar a legitimidade ou não das intervenções jurídicas dentro da redoma da autonomia corporal? Se ambos se materializam por direitos Constitucionalmente garantidos – seja calcado no ideal social ou individual – como conciliá-los quando da sua colisão no caso concreto?

Para a resolução deste conflito, uma primeira ideia deve ser apresentada. No tocante às situações existenciais considera-se haver um uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade [65]. Significa dizer que as ações humanas que envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional [66]. Desta forma, no caso de colisão entre autodeterminação corporal e paternalismo jurídico, deve-se ter em mente que a liberdade, no plano abstrato, terá um peso maior do que o discurso intervencionista. Levar-se-á em consideração que a regra, ou melhor, que a tendência do ordenamento atual será a de tutelar as liberdades individuais com maior afinco, pondo o discurso intervencionista em segundo plano, presente apenas em hipóteses excepcionais [67].

Ainda, é necessário lembrar que seus discursos se fundam em um único fim: na dignidade da pessoa humana. Portanto, deve-se entender que o fim que se busca é aquele segundo o qual se reconhece que o indivíduo é, ao mesmo tempo, singular e plural; único em seu ideal de dignidade, mas necessariamente plural e solidário aos fins da comunidade em que se encontra inserido. Dado este reconhecimento, o grande desafio agora será o de regularizar, em concreto, ambas as situações, para que se consiga, ao mesmo tempo, respeitar o sujeito singular, bem como o de trazer o convívio harmônico a estas diversas “espécies de sujeitos singulares”. Tendo a noção de que nenhuma delas pode ser ignorada na consecução dos objetivos Constitucionais.

Para isso, a seguir, buscar-se-á analisar à luz da Constituição, os artigos 13, 14 e 15 do Código Civil, os quais regulam a disposição corporal.

#### **O art. 14 e o Princípio da Não mercantilização da Pessoa**

Em “O Mercador de Veneza”, famosa peça teatral de Shakespeare, Antônio dá em garantia de uma dívida uma libra de sua própria carne [68]. Fantine, personagem do romance “Os Miseráveis”, de Victor Hugo, vende seus dois dentes da frente em troca de dinheiro [69]. Recentemente, a imprensa mundial noticiou o inusitado caso de Wang Shangkun, que vendeu um dos seus rins para comprar um ipad [70]. Esses personagens fictícios, assim como Wang, negociaram partes de seu corpo.

Hoje, para o nosso ordenamento jurídico, isso não se admite. Não se admite porque como já assinalado, a pessoa humana não se impõe como um meio, mas sim como fim em si mesmo. Não pode ela ser tratada como um mero patrimônio material [71].

Desta forma, voltemos às lições Kantianas passa assinalar que enquanto o preço deve representar um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade deve representar um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas tem preço; as pessoas, dignidade. O valor moral encontra-se infinitamente acima do valor de mercadoria, porque ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de

jamais transformar o homem em meio para se alcançarem quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade máxima, a realização do valor intrínseco da dignidade humana [72].

Sendo assim, qualquer relação estritamente existencial - tal como é a disposição permanente do próprio corpo - não pode ter como fim, objetivos patrimoniais, pois nesta seara - aonde sujeito e objeto se confundem - o que deverá mover a relação jurídica é a busca pelo desenvolvimento de sua própria personalidade ou de fins altruísticos (v.g doação de órgãos). Ademais, alerta Rose Melo Vencelau Meirelles que um eventual motor econômico, poderia se revelar, de fato, como um fator de pressão sobre a vontade do disponente e de coerção indireta da sua liberdade de autodeterminar-se em ordem da própria integridade [73]. Portanto, tal construção faria com que a personalidade humana passasse a ser vista sob a ótica de mercado, o que pré condicionaria o indivíduo a tratar dos seus atributos pessoais da mesma forma como trata de seus objetos pessoais.

No Código Civil, a gratuidade do ato está presente na disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, cuja validade é subordinada ao objetivo a que se presta, o qual, nos termos do art. 14, deve ser científico ou altruístico [74]. A finalidade científica é principalmente representada pela destinação do cadáver às escolas de medicina para fins de ensino e pesquisa. (...) Como principal exemplo de finalidade altruística está a doação de órgãos para transplantes, que responde ao princípio constitucional da solidariedade social [75]. Saliente-se ainda, que com vistas a reforçar a autonomia do doador de órgãos, o consentimento presumido do disponente, vigente no art. 4<sup>a</sup> da lei de transplantes [76], deve ser afastado pelo art. 14 do Código Civil, conforme interpretação dada pelo enunciado 277 na IV Jornada de Direito Civil, promovidas pelo centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 2006 [77].

Assim, deve-se entender que os atributos humanos, são, em *ultima ratio*, um valor emanado pela dignidade humana e, por isso, um atributo da personalidade não suscetível de apropriação econômica. Por esta razão, afirma Carlos Nelson Konder que, dentro das relações existenciais, destaca-se um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual poderíamos denominar como o subprincípio da não mercantilização da pessoa. Ele determina que os aspectos existenciais da pessoa humana devem ser regidos por uma lógica própria, distinta da lógica aplicável aos aspectos patrimoniais. Impõe uma barreira contra a possibilidade de que bens jurídicos inestimáveis sejam negociados como se se tratasse de uma transação mercantil [78].

Consente-se, assim, que dentro desta seara, encontramos um primeiro parâmetro, que, atinente à dignidade humana, passa a limitar a autonomia existencial: Trata-se da obrigatoriedade da gratuidade de qualquer atividade referente a negócios jurídicos existenciais. Neste âmbito, portanto, o paternalismo jurídico ganha abertura para vedar tais atividades [79].

### **A proposta dos artigos 13 e 15 do Código Civil**

No tocante ao art. 13 do Código Civil, ele se utiliza de três parâmetros para regularizar os atos de disposição do próprio corpo. São eles: a diminuição permanente à integridade física e os bons costumes, que definem a ilicitude do ato - e a exigência médica - que o autoriza mesmo quando em afronta aos outros dois critérios [80].

Neste sentido, impõe-se dar aos termos uma interpretação constitucionalizada, a fim de que este seja um campo de promoção da personalidade. Com efeito, faz-se mister entender que tais critérios devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República. Por esta razão, de maneira geral, os atos de diminuição permanente ou que aparentemente afrontarem os "*bons costumes*" só serão reputados válidos quando estiverem de acordo com princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a noção de “*diminuição permanente da integridade física*” deve ser lida de acordo com as noções anteriormente assinaladas. Como exposto, tem-se hoje a ideia de uma integridade psicofísica, a qual fundamenta a tutela jurídica sobre o corpo unificando suas dimensões física e psíquica. Tem-se, portanto, uma ideia mais ampla de tutela, e daí decorre a insuficiência da interpretação literal do dispositivo, que apenas consigna a proteção do corpo no seu viés físico. Neste sentido, deve-se ater que leitura correta do dispositivo, estende-se a “*diminuição permanente da integridade psicofísica*”.

Ainda, quanto aos contornos que permeiam a tutela da integridade psicofísica, o art. 15 do Código Civil dispõe que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Destaque-se, porém, que na esteira da Constitucionalização do Direito Civil, entende-se que não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, mas também ao paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação de sua própria dignidade. Nesta sede, a normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais [81], que, neste caso, amplia de forma indubitável as hipóteses de incidência do artigo.

Desta análise, uma outra questão vem à tona. Ante a prevalência da tutela da pessoa em geral, que se impõe como o objetivo fundante de nosso ordenamento e, dada a hipossuficiência, em maior ou menor grau, do paciente, torna-se necessário impor uma postura mais ativa do prestador de serviços médicos. Com vistas a qualificar a manifestação de vontade do paciente, impõe-se ao médico a verificação, em linguagem acessível, do perfeito entendimento do paciente quanto aos riscos e especificidades do tratamento a que irá se submeter.

É neste sentido, que surge, dentro da seara das situações existenciais e – principalmente no âmbito do Biodireito - o princípio do consentimento informado ou livre e esclarecido. Usam-se tais termos, justamente para evidenciar a importância da vontade do paciente-declarante. Tal consentimento, segundo Carlos Nelson Konder, seria:

“A anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informa-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda” [82].

Consegue-se, assim, uma redobrada proteção a pessoa humana, devendo tal princípio ser funcionalizado no sentido fomentar a livre projeção da vontade individual, como forma de concretização da dignidade da pessoa humana.

### **Os atos acráticos**

Conforme assinalado, os atos acráticos decorrem de uma suposta fraqueza de vontade do agente. Frequentemente ligadas a questão do paternalismo forte, são atos paradoxais à racionalidade. São movimentos voluntários que o sujeito opta por executar mesmo consciente dos males que podem ocorrer, a exemplo do fumante que, mesmo sabendo dos prejuízos causados pelo tabagismo, continua a fumar. Do mesmo modo, os excessos no hábito de beber e comer acarretam consequências nefastas que são consideradas pelos sujeitos, mas não afastadas, de modo que se tornam menores diante do prazer que tais práticas podem proporcionar [83].

Dito deste modo percebe-se que o sujeito, por entender racionalmente os males que tal ato pode lhe causar, age de modo consciente e voluntário, mostrando-se ser um sujeito plenamente capaz. Por mais que, em termos objetivos, esteja agindo fora de um padrão social,

em termos subjetivos, tal ato pode ser racionalmente explicado, haja vista os prazeres que ele lhe traz. Escolhe, então, racionalmente, o que lhe faz mal ao corpo, mas provavelmente bem à alma [84].

É neste sentido que se buscará, a partir daqui, delimitar os atos acráticos que serão objetos de análise deste trabalho. Serão analisados os “vícios” que, mesmo em maior grau, não retiram do agente esta capacidade subjetiva de entender o malefício que tal atividade lhe traz. As substâncias psicotrópicas, por exemplo, geram um distúrbio de tamanha monta que: 1) no momento da sua utilização retiram do agente sua completa capacidade de discernimento 2) Como dito, são substâncias que, dado o seu grau de dependência, retiram do agente a sua capacidade racional de escolha, o que, por derradeiro, corrói a sua livre autonomia individual, prendendo-o a apenas um único fim: ao uso imoderado da droga. 3) São substâncias consideradas ilícitas, e, portanto, as conclusões que aqui se chegarão não serão eficazes a elas. Sendo assim, de maneira geral, e para os objetivos deste trabalho, tais vícios serão considerados como incapacitantes, conforme art. 4º, II do Código Civil [85]. Assim, aplicar-se-á aqui a modalidade de paternalismo fraco, já consensualmente aceita.

Quanto aos agentes que fazem o uso de bebidas alcoólicas, só se enquadrarão nas propostas que a seguir serão apresentadas, aqueles que fazem o uso social e moderado da bebida. Aquela parcela também enquadrada no art. 4º, II, como ébrios habituais, a qual se revela como consumidora descontrolada e imoderada de bebidas alcoólicas também estará excluída das propostas que a seguir serão delineadas.

Serão considerados aqui, os atos acráticos lícitos, tais como: os hábitos de fumar; de comer imoderadamente; de praticar esportes radicais, dentre outros.

Neste sentido, é necessário lembrar que, conforme assinalado, o nosso Estado Democrático de Direito, caracteriza-se por priorizar, em abstrato, o respeito à liberdade individual, e pela recusa ao paternalismo. Tal como dito, a intervenção se apresentará em caráter excepcional. Por esta razão, a solução para conciliar o direito a saúde a integridade física – objeto de um possível discurso paternalista - de um lado; e a autonomia existencial, de outro, é a informação. Trata-se de uma espécie de consentimento livre e esclarecido. Impõe-se, portanto, ao Estado o encargo de promover tal informação, bem como o de exigir e fiscalizar que os fornecedores destes produtos e serviços, tidos como atentatórios a saúde, informem de maneira completa, pormenorizada e em linguagem adequada, os riscos e malefícios daquilo que buscam vender.

Justamente por isso, na seção destinada a regulamentar a comunicação social, o constituinte, ao estabelecer restrições à propaganda de determinados produtos, dispõe expressamente a necessidade de advertência quando o seu uso causar “malefícios” à saúde (CF, art. 220, §4º) [86]. Em consonância com os objetivos da república, não proíbe, no entanto, a sua aquisição. Ao adotar tal postura, o Estado consegue compatibilizar os dois direitos em jogo. Sem adotar um paternalismo extremado, interfere apenas no tocante à exigência da informação, com vistas a permitir que a autonomia existencial seja exercida de forma esclarecida e livre de vícios. Cabe assim, a máxima kantiana segundo a qual: “Quando alguém decide alguma coisa a respeito de outrem, é sempre possível que lhe faça injustiça, mas toda injustiça é impossível quando ele decide para si mesmo” [87].

## **O Barebacking**

“Surgido nos EUA durante os anos 90, o termo bareback é utilizado para a prática de atos sexuais de penetração sem o uso de preservativo, uma modalidade de sexo inseguro difundida entre os homossexuais. Atualmente, o barebacking não mais se restringe às práticas homossexuais, sendo cada vez difundido entre heterossexuais em busca de um prazer que se fundamenta no risco. Quanto mais perigoso o ato sexual, maior prazer será capaz de gerar. O significativo aumento do barebacking se deve, em grande parte, ao advento do coquetel contra

a AIDS, cuja descoberta serviu para mitigar a ideia de letalidade, tradicionalmente ligada a esta patologia. Assim sendo, não se pode afirmar que os barebackers ignorem os efeitos potencialmente danosos da referida prática, mas, assim como tantos outros atos nos quais a pessoa se coloca em situação de perigo, eles simplesmente optam por correr os riscos e justamente lhes conferem prazer. Ocorre, porém, que a difusão dessa prática sexual pouco convencional vem ganhando ares de questão de saúde pública, considerando o número de adeptos e as cada vez mais populares festas da “roleta-russa”, ou bare parties, onde entre os convidados há os bug chasers (caçadores de vírus), os HIV negativo, que se submetem ao sexo sem preservativo, e os gift givers (presentadores), os soropositivos que servem à contaminação daquele HIV antes negativo [88]”.

Neste caso, a informação, com vistas a evitar o paternalismo forte, também parece ser a solução entre direito à saúde e autonomia existencial. O objetivo aqui é dar aos praticantes toda a informação possível, no sentido de lhes esclarecer os riscos que estão assumindo.

Por outro lado, muitos afirmam que o discurso paternalista deve ser levado em conta, quando instado a coibir tais práticas. Afirmam que tais atos põem em risco o sistema de saúde pública, tendo em vista que, através deles, tem-se facilitada a proliferação de doenças. Contudo, ao se abrir exceção para o paternalismo jurídico – tendo em vista um suposto nexo causal indireto entre tais atividades e o prejuízo ao sistema de saúde – estar-se-ia abrindo a porta para a intervenção em diversas outras esferas. Ao se utilizar de um critério tão subjetivo quanto este, poder-se ia chegar ao absurdo de defender que a prática de rapel, por exemplo, ou até mesmo, que consumo de comidas gordurosas deve ser proibido, tendo em vista o custo que, em algum momento, isso pode causar ao sistema de saúde.

### **O caso dos Transexuais**

A cirurgia de mudança de sexo por muito tempo foi proibida no Brasil, chegou-se ao extremo de se indiciar por lesão corporal o médico que se dispusesse a realiza-la, como foi o caso do Dr. Roberto Farina [89]. Em 1997, porém, o Conselho Federal de Medicina mudou sua orientação sobre o tema com a aprovação da Resolução 1.482/1997, posteriormente substituída pela Resolução 1.652/2002 [90]. O conselho passou a permitir a cirurgia nos casos em que houvesse diagnóstico de disforia de gênero, que caracteriza como transexuais aquelas pessoas que se encontram numa situação de incompatibilidade entre sexo psíquico a aquele que se apresenta biologicamente [91]. Ademais, vale mencionar o Enunciado 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, de onde se extrai que: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”.

Nesta monta, a orientação, no sentido de permitir as cirurgias de transgenitalização, representa um verdadeiro avanço para a tutela da integridade psicofísica da pessoa humana. Trata-se do reconhecimento da incompatibilidade entre sexo psíquico e biológico, sob a qual se busca, através da intervenção médica, uma adequação desta disforia, no sentido de congrega o psíquico e o físico em uma única direção, a fim de salvaguardar e promover a livre determinação corporal e, por conseguinte, o bem supremo de nosso ordenamento: a dignidade da pessoa humana.

Conforme também regulado pela resolução CFM 1652/2002, busca-se, primeiramente, levar o paciente a um acompanhamento através de uma equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social [92], para que somente ao final de 2 anos, a cirurgia possa efetivamente acontecer. Trata-se, neste caso, da correta utilização do princípio do consentimento informado, haja vista o impacto que tal cirurgia provoca no indivíduo.

Deve-se, portanto, aplaudir o entendimento até então majoritário tendo em vista que a cirurgia, além de adequar a disfunção entre corpo e mente, traz benefícios muito maiores do que prejuízos: de um lado tem-se uma ofensa à integridade física, porém, de outro, tem-se um ganho de tal monta, que representa uma verdadeira afirmação da identidade sexual desejada, a qual permite ao indivíduo chegar no seu ideal de vida digna.

Em sentido diverso, porém, e de maneira contrária aos imperativos da Dignidade humana, tem-se o acórdão da 4ª C.C do TJMG, que, ao decidir sobre a impossibilidade jurídica da cirurgia de transgenitalização, argumenta que o sexo é informado apenas pela sua funcionalização biológica:

“TJMG. Direitos da personalidade. Art. 13 do CC/2002. Interpretação da expressão ‘salvo por exigência médica’ e o sexo. O art. 13, "caput", do Código Civil veda o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, "salvo por exigência médica”. **(a) A exigência médica a que se refere o dispositivo do Código Civil deve ser entendida como a necessidade imperiosa de transformação ou de remoção de órgão do corpo, cientificamente provada, em decorrência de patologia grave e curável, exclusivamente, por meio daqueles procedimentos interventivos extremos. (b) O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico.** O sexo, do qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline”.

*Data máxima vênia*, tal decisão, como se procede, importa em uma ablação jurídica do direito a autodeterminação corporal. Ela, de forma patente, fere o princípio da integridade psicofísica, pois se esquece que: a) o art. 13, assim como todos aqueles inseridos no rol dos direitos da personalidade, pautam-se na tutela da pessoa humana, tendo como fim o livre desenvolvimento da personalidade humana. Ao interpretar o termo “exigência médica” de forma restritiva, o douto julgador prostrou-se na contracorrente destes fins, haja vista que tal interpretação embasou uma decisão que impediu a livre expressão da identidade sexual do recorrente. Se para tutelar este fim, fosse necessária a interpretação extensiva do termo, era esta atitude adequada a ser tomada. Assim, dada a importância e os benefícios trazidos pela cirurgia de transgenitalização, impõe-se por imprescindível sustentar a licitude do ato, congregando-o dentro do termo “exigência médica”, conforme o Enunciado 274, supracitado; b) O sexo assentado no registro do recorrente não deve ser estritamente adequado a realidade biológica do seu nascimento, mas sim à sua realidade psicossocial, a qual se adequa ao designativo do sexo feminino.

Neste sentido, com relação ao item b, impõe-se consignar que, para assegurar a autodeterminação corporal, não basta a autorização da intervenção cirúrgica. É preciso também contemplar a tutela integral do indivíduo transexual, reconhecendo que a publicidade sobre a alteração de seus dados pessoais realiza, no mais alto grau, a fragmentação dos atributos pessoais tutelados. (...) Certamente, se a finalidade terapêutica da cirurgia de transgenitalização confere licitude à alteração sexual, toda a tutela jurídica deve voltar-se para que a nova situação do indivíduo transexual seja também e obrigatoriamente, plenamente revestida de proteção [93].

Todavia, apesar do posicionamento aqui descrito, este é ainda um tema objeto de grande controvérsia. À luz de um discurso paternalista, calcado em uma suposta segurança jurídica - defendida pelo princípio da intangibilidade do registro – diversas decisões aludem o sexo apenas sob o enfoque biológico [94]. Esquecem-se, porém, que como já dito, a não alteração do sexo importa em uma verdadeira violação à autonomia corporal – que não se perfaz por completa sem a retificação do registro. Trata-se de um prejuízo a integridade psicofísica, que aprisiona o indivíduo em um sexo que, de fato, não é o seu, impedindo o caminhar de uma vida digna. Traduz-se, portanto, em um prejuízo muito maior do que aquele trazido à segurança jurídica, quando da retificação do registro civil.

Na esteira de tais entendimentos deve-se destacar aresto paradigma, decidido de forma emblemática pelo STJ [95]. Em recurso especial interposto por Clauderson de Paula Viana. Buscava-se retificação do seu registro de nascimento civil, para que dele passasse a constar o prenome “Patrícia”, bem como a modificação do designativo de sexo para “feminino”, tendo em vista a sua condição de transexual, 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 seu registro deveria estar em compasso com sua identidade psicossocial e morfológica que, após a cirurgia, em tudo se assemelharia com o sexo feminino. Buscou-se reconhecer a verdade real por ele vivenciada e refletida para a sociedade, a fim de evitar um recorrente estado de anomalia, olvidando o reconhecimento do seu direito de viver dignamente. Dentro das linhas do que aqui se se defende, sustentou 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 sob o qual se busca assegurar o exercício pleno de sua identidade sexual.

Note-se, desta forma, que tal fundamentação conduz ao reconhecimento de que a retificação do registro civil deve se pautar total e exclusivamente pelos ditames da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o discurso paternalista, calcado na defesa da segurança jurídica e no princípio da imutabilidade do registro vem sendo, paulatinamente, afastado pela jurisprudência. Neste sentido [96], merece destaque:

“Apelação. Registro Civil. Transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitara' repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade no meio social causada pelo registro atual. **Precedentes do TJ/RJ. Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo numero do CPF.** Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem como a retificação para o sexo feminino”.(TJRJ, 4ª C.C., Ap. Cív. 2005.001.01910, Des. Luís Felipe Salomão, julg. 13.09.2005) (sem grifos no original)

Com relação à questão dos transexuais, pode-se ver, portanto, que, à luz da dignidade humana, a defesa da autodeterminação identitária – como expressão da liberdade - possui *in concreto*, um peso muito maior do que o intervencionismo paternalista, que, nesta seara, não encontra argumentos sólidos para se firmar. Todavia, no caso que se segue, o panorama já não é o mesmo.

### **O Caso do arremesso de anão e o “Peep Show”**

O arremesso de anão consistia num tipo de jogo, praticado em algumas casas noturnas na França, em 1991, onde um indivíduo de pequena estatura – um anão – era lançado como projétil pelos participantes, divididos em duas equipes, sendo a vencedora aquela que mais distante conseguisse lança-lo (*lancer le nain*). O trabalho do anão, que o colocava na posição de objeto dos frequentadores da casa, era regulado mediante contrato, o qual previa sua remuneração suficiente para sua sobrevivência digna. Entretanto, o prefeito de *Morsang-sur-Orge* interditou o espetáculo exercitando o seu poder de polícia, fundamentado na tutela da “ordem pública”. O prefeito justificou a violação á ordem pública com base na tutela da dignidade da pessoa humana, que teria sido igualmente violada pela prática da brincadeira [97].

O caso foi parar no Tribunal de Administrativo de Versailles. Em primeira instância, o anão, que pugnava pela defesa de sua autonomia privada, obteve êxito sob o argumento de que tal prática não afetava a ordem pública. Em grau de recurso, porém, o Conselho de Estado



Frances reformou a decisão, argumento que a referida atividade feria a dignidade da pessoa humana, visto que ela seria um dos componentes que sustentavam a ordem pública.

Em outro caso, na Alemanha, discutia-se a possibilidade de se conceder uma licença de funcionamento para um estabelecimento onde se praticava o chamado “peep show”, no qual uma mulher, completamente sem roupas, dançava, em uma cabine fechada, mediante remuneração, para um espectador individual que assiste ao show. A licença de funcionamento não fora concedida administrativamente sob o argumento de que aquela atividade seria degradante para a mulher e, portanto, violava a dignidade da pessoa humana. Em razão disso, os interessados ingressaram com ação judicial questionando o ato administrativo. Eles argumentavam que a mulher estaria realizando aquele trabalho por livre e espontânea vontade. Logo, não havia que se falar em violação à dignidade humana. (...) O caso chegou até a Corte Constitucional alemã (TCF), que deveria decidir se merecia prevalecer a autoridade da vontade da mulher, que estava ali voluntariamente, por escolha própria, ou a dignidade da pessoa humana, já que aquela atividade colocava a dançarina na condição de mero objeto de prazer sexual. A decisão foi no sentido de que o “peep-show” violaria a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido. (...) Segundo argumentaram os ministros do Tribunal, “em um *peep show* a mulher é colocada em uma posição degradante. Ela é tratada como um objeto de estímulo sexual dos expectadores. Explicou ainda o TCF que a violação a dignidade humana não seria afastadas ou justificadas pelo fato de a mulher que atua em um “peep-show” estar ali voluntariamente” [98].

Como se pode ver, ambas as decisões se pautaram em discursos de cunho paternalista, os quais, na realidade, sob o argumento de estar-se defendendo a dignidade humana, acabaram, na verdade, ferindo tal princípio. Em primeiro lugar, deve-se assinalar que a regra é a defesa do ideal de vida digna da pessoa humana, seja ele qual for. A intervenção, por sua vez, só se mostra justificada quando importar em violação de direitos de terceiros ou direitos da própria pessoa. Neste caso, vê-se que, dentro da ótica individual, não há violação a dignidade dos requerentes, pois eles mesmos afirmaram que não se sentiam diminuídos pela prática de tais atividades. O fato de estarem ali voluntariamente, pleiteando a prática de tais atividades, deve ser o argumento central na defesa de tais direitos.

Consignou-se ainda que o exercício de tais atividades põe seus praticantes em “uma posição degradante”; em um posição de “sujeito-objeto”. Com as devidas vênias, deve-se dizer que, nestas situações, não há que se falar em “mercantilização” da pessoa. Apesar de terem obtido ganhos patrimoniais com seus corpos, não sofreram uma permanente lesão corporal que sustentasse a vedação de tais práticas. Não obtiveram, de fato, ganhos patrimoniais através de lesões corporais. Era um uso do corpo que não feria a dignidade humana, pois não os impedia de desistir de tais práticas para buscarem um outro ideal de projeção existencial. Ao desistirem de tais atividades, não saíam dali com lesões corporais de tamanha monta, que os impediria de continuar com uma vida digna. Por esta razão, não se pode comparar tais práticas às vendas de órgãos ou de membros do corpo, que, sem dúvidas, coisificam o homem. A única violação aqui seria uma violação psíquica, que como já dito no parágrafo anterior, fora cabalmente negada pelos requerentes.

Neste sentido, uma terceira consideração deve vir à tona: a intervenção não deve se dar pelo fato dessas práticas ferirem um ideal de dignidade social ou o ideal do próprio julgador. A intervenção deverá se mostrar presente, como dito, quando prejudicar o bem-viver daquele que alvo de tais atividades, coisa que, *in casu*, ambos afirmaram que não ocorreu. Por esta razão, não se pode sustentar que o ideal de dignidade como heteronomia – externo ao sujeito e fincado sob as bases da “ordem pública” ou dos “bons costumes” deva prevalecer.

Tais termos não se edificam mais sobre as bases da moralidade social, que, nestes casos, fora sim violada, mas sim sobre as bases de uma moralidade constitucional. A “ordem pública” e os “bons costumes” se edificam, portanto, sobre as bases da dignidade humana e da

prevalência às liberdades individuais. Desta forma, não há como sustentar que “ordem pública” fora violada, sob o argumento de uma violação à moral social, pois esta não está mais ligada àquela. A ordem pública só seria prejudicada quando violada a dignidade humana. Coisa que neste caso já se demonstrou que não houve.

### **Os adeptos ao “body modification” e o caso da mutilação dos dedinhos do pé [99]**

Hoje, com a explosão das tatuagens e piercings, homens e mulheres de todo o canto do planeta se sentem motivados a modificar seus corpos radicalmente. Dentre os casos mais famosos temos o de Erik Sprague, um americano de 36 anos que, em 1999 abandonou o doutorado em filosofia para se dedicar à carreira de artista performático em tempo integral. Erik se transformou no Lizardman – O Homem-Lagarto. Com chifres de teflon implantados sob a pele das sobrancelhas, a língua partida e os dentes lixados, Erik comenta que desde pequeno gostava de pintar a pele, fazendo questão de deixar claro que essa transformação não foi fruto de impulso nem tampouco digna de arrependimento.

Outro caso é o do neozelandês Lucky Diamond Rich, que entrou para o livro dos recordes como a pessoa mais tatuada do mundo. Depois de centenas de tatuagens feitas por artistas de várias partes do mundo, ele decidiu pintar o corpo todo de preto – incluindo lugares sensíveis, como as pálpebras, a pele entre os dedos e a genitália.

Também nada convencionais são os casos da Brasileira Elaine Davidson, que até maio de 2008 possuía nada mais nada menos do que 5.920 piercings espalhados pelo corpo; ou o caso do canadense “Zombie Rick” que já gastou o equivalente a R\$ 13 mil para se transformar, por meio de tatuagens, em um “esqueleto vivo”.

Outra situação surpreendente vem virando moda nos Estados Unidos. A nova mania consiste em mutilar o dedinho do pé para usar salto sem aquela sensação de desconforto. São três os procedimentos mais procurados: retirar o dedinho do pé, diminuir o tamanho de algum dedo ou injetar colágeno na parte da sola do pé perto dos dedos, na tentativa de deixá-la mais acolchoada e ter um fim menos dolorido. Segundo uma das adeptas, a americana Susan Deming, “se você nunca sentiu essa dor, nem se dê ao trabalho de julgar”. Para ela, a solução foi tirar um centímetro do que seria o dedo indicador no pé.

Estes e outros casos vêm se multiplicando mundo a fora. Em uma sociedade plural como a nossa, que prega pelo respeito a autodeterminação individual, nas suas múltiplas e infinitas facetas, não é difícil considerar que tais manifestações devem ser respeitadas. Contudo, deve-se ponderar o seguinte: será que o Estado, além de permitir tais práticas, deve também mover seu aparato público de saúde para que ofereça e facilite o tratamento a estas pessoas quando da sua busca pelo corpo ideal? Nestes casos parece que não.

Neste sentido, deve-se ater a noção de mínimo existencial e reserva do possível. O primeiro, como já apresentado, impõe ao Estado o dever de promover o mínimo de condições econômicas, educacionais e psicofísicas para a livre concretização dos planos individuais de vida. Em um mundo ideal, não só o mínimo existencial como também qualquer anseio ou vontade humana deveria ser fomentada pelo Estado. Porém, como se pode deduzir, no mundo real, enquanto os anseios e imaginações do homem são infinitos; os recursos estatais são finitos. Por esta razão, a saúde pública deve se pautar dentro da lógica da reserva do possível. Tal conceito passa, portanto, a justificar apenas a tutela negativa sobre tais atividades, em razão das limitações socioeconômicas e estruturais do Estado. Dessa forma, seus recursos devem ser destinados, primeiramente, a gerir os padrões básicos de saúde, quais sejam: as consultas de rotina, a compra de remédio, dentro outros, tendo em vista satisfazer as necessidades básicas da população em geral. Os casos de transformação corporal, portanto, dentro do sistema público, devem ser levados ao segundo plano.

Por outro lado, caso se tratasse de tais práticas como um suposto mínimo existencial, instaurar-se-ia um verdadeiro caos social. Em face de escassez dos recursos estatais, seria

impossível promover um adequado fomento a todas essas diversidades de interesses. O mínimo existencial, portanto, deve ter por definição um viés padronizado.

Neste sentido, à luz da dignidade humana e, em nome da solidariedade social, o paternalismo jurídico ganha força, tendo em vista o discurso de um padrão de saúde coletivo, o qual se instaura como óbice à tutela positiva de tais cirurgias. Portanto, parece adequado dizer que, neste âmbito, a tutela negativa do Estado e somente ela, é a que mais se ajusta aos princípios e objetivos da república.

### 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) Dentre uma teoria geral “totalizante” do direito – que enclausura o sistema jurídico dentro de pressupostos aparentemente acabados – e um teoria “problematizante” – que reconhece a necessidade de um direito renovável – escolhe-se a segunda. É ela que fornece um sustentáculo rígido para a reordenação do direito privado à luz dos valores Constitucionais.
- 2) No que se refere à hermenêutica Civil-Constitucional, a técnica adequada é da ponderação de interesses, segundo a qual, o intérprete, se utilizando de um critério de proporcionalidade, buscará fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, a fim de que se possa, se possível, preservar o máximo de conteúdo de cada uma delas. Se não, sacrificará um dos interesses em jogo, devendo fundamentar racionalmente a sua decisão, à luz da vontade normativa da Constituição.
- 3) O princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III) apresenta-se como o fiel da balança, como o fim a ser perquirido, quando da ponderação de interesses. Trata-se do verdadeiro sustentáculo mestre do ordenamento brasileiro. Difunde-se, em quatro subprincípios, a saber: a) o princípio da solidariedade b) da integridade psicofísica c) da igualdade d) e da liberdade. A seu turno, este poliedro axiológico confere um verdadeiro “personalismo” ao direito civil, redefinindo os seus institutos, tal qual a autonomia privada. Por essa razão, de uma autonomia mimetizada na liberdade contratual, passa-se a um conceito mais amplo, o qual envolve a noção de autodeterminação existencial.
- 4) A autonomia corporal é espécie do gênero autonomia existencial. Cuida-se de uma redoma ínsita a pessoa humana, na qual lhe é permitida a busca pelo seu ideal psicofísico. Através da superação de uma visão dualista, corpo e espírito se fundiram dentro de uma concepção unitária, onde ambos passam se constituir como componentes indivisíveis da pessoa humana, e, portanto, dignos de igual tutela. A autonomia corporal, ao se alçar como um conceito promocional de valores, fincada nas bases da dignidade humana, não pode ser limitada em abstrato pelo legislador infraconstitucional. Ademais, se revela através de uma complexidade de situações subjetivas que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo, dentre outras. Deve ser encarada, portanto, como um conceito aberto, que se impõe presente dentro de inúmeras situações, estando limitada apenas pelo norte da dignidade da pessoa humana. Por esta razão, não se impõe como um fim em si mesmo, mas sim como um meio de concretização da tutela da pessoa humana. E, por essa razão pode ser objeto de ponderação quando da presença de outra situação subjetiva que, à luz da dignidade humana, imponha sua limitação.
- 5) O paternalismo jurídico impõe-se como necessário a ordem social, visto que, ao cercear a autonomia privada, confere a defesa de idêntica quota de liberdade a outras pessoas, bem como ostenta valores igualmente caros para o Estado de Direito. Dentre

- suas tipologias tem-se: a) O paternalismo fraco: aplicado, em geral, sobre os incapazes; b) Paternalismo forte: Ligado, principalmente, aos atos acráticos; c) Paternalismo puro: constrangimento sobre a liberdade do mesmo grupo cujo bem é pretendido; d) Paternalismo impuro: Intervenção promovida em indivíduos que não se identificam com aqueles cujo bem se promove. Tendo em vista que o paternalismo fraco é aquele, segundo o qual se afeta indivíduos incapazes, ele, de maneira geral, é consensualmente aceito. Quanto às outras tipologias, não há um consenso evidente.
- 6) Os argumentos contrários ao paternalismo se baseiam na ideia de preponderância dos princípios da liberdade e igualdade. Firmam-se, desta forma, na defesa de uma dignidade como autonomia, segundo a qual se pauta em 4 critérios essenciais, quais sejam: a) Capacidade de autodeterminação individual; b) Condições para o exercício da autodeterminação; c) Universalidade; d) Inerência da dignidade ao ser humano. Fomenta-se, neste caso a o pluralismo e a autonomia privada. De outra monta, os argumentos favoráveis ao paternalismo se relacionam à ideia de dignidade como heteronomia. Sob este viés, busca-se construir um ideal de vida digna sob uma ótica externa ao sujeito, de acordo com padrões consolidados socialmente.
  - 7) No tocante às situações existenciais, a liberdade e, portanto, a dignidade como autonomia possui uma proteção constitucional reforçada. Neste sentido, as liberdades individuais passam a ter um peso maior quando ponderadas com o paternalismo jurídico.
  - 8) Dentre os parâmetros norteadores da ponderação de tais interesses, tem-se: a) O princípio da não mercantilização da pessoa, que se expressa literalmente no art. 14 do Código Civil; b) O princípio do consentimento informado, que impõe ao prestador de serviços médicos um comportamento ativo no sentido de explicar ao paciente, antes da intervenção cirúrgica, todos os riscos e benefícios da cirurgia, de forma pormenorizada; c) A interpretação constitucionalmente adequada dos artigos 13 e 15; ajustando as expressões “exigência médica”, “integridade física”; “bons costumes” e “risco de vida”, à luz dos contornos erigidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.
  - 9) No caso dos atos acráticos, busca-se conciliar o direito à saúde com a autonomia privada, através da imposição de encargos obrigacionais tanto ao Estado quanto aos fornecedores de produtos, no sentido de informar aos usuários quanto aos riscos que estão sujeitos com a sua utilização.
  - 10) Quanto aos barebackers, a solução parece ser a mesma. Deve-se lembrar que adequar o discurso paternalista neste caso, tendo em vista um suposto risco indireto, não parece ser a melhor escolha. Os parâmetros subjetivos, de maneira alguma, podem estar ao lado das intervenções paternalistas.
  - 11) No caso dos transexuais, o discurso paternalista também não ganha força. A operação de transgenitalização é amplamente aceita atualmente, haja vista a sua plena compatibilidade com as exigências do art. 13 do Código Civil. Quanto à mudança no registro civil, este também deve ser um direito assegurado ao transexual. A compatibilização entre o seu perfil físico e psíquico só se perfaz por completo quando da retificação de seu registro.
  - 12) Apesar de os tribunais alienígenas terem adotado uma solução de cunho paternalista, a solução mais adequada para os casos do arremesso de anão e do "peep show", deveria ser a sua integral permissão. O caminho para um ideal vida digna é único e deve ser respeitado sob a ótica daquele que caminha sobre ele. Se os próprios requerentes não se sentem indignos com seu trabalho e se, ao mesmo tempo, não tem em sua integridade psicofísica uma lesão permanente, não há como se defender uma intervenção paternalista.

- 13) Quanto aos casos dos adeptos ao “body modification” e o caso da mutilação dos dedinhos do pé há que se defender apenas uma tutela negativa sobre tais atividades. Tendo em vista que os recursos do Estado são escassos, estes devem primeiramente ser destinados às necessidades básicas da população como um todo. Portanto, um eventual fomento, por parte do Estado, se daria apenas em caráter excepcional. Neste particular, o discurso social tem preponderância sobre o individual.

### Referências:

- 1 MARTEL, Letícia de Campos Velho. *O Paternalismo Jurídico – “Que Fazer”?* p.11. No prelo, gentilmente cedido pela autora.
- 2 BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade*, p.7. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm). Acesso em: 30/06/2013
- 3 **Art. 13.** Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes; **Parágrafo único.** O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial; **Art. 14.** É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. **Parágrafo único.** O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo; **Art. 15.** Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.
- 4 Prefácio à obra de: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- 5 Prefácio à obra de: FACHIN, Luiz Edson, Ob. Cit.
- 6 Conforme aduz Maria Celina Bodin de Moraes “Aqui, ultrapassa-se a perspectiva positivista e passa-se ao que Paulo Bonavides, entre nós, denominou ‘Pós positivismo’ – A criação de um sistema que funciona não apenas mediante operações lógicas e procedimentais (e como tal tendencialmente imutáveis, a-históricas e neutras), próprias de um contexto fechado em si mesmo e formalista, mas, dizia, a criação de um sistema aberto que postula como eixo normativo central o Texto Maior, cujos princípios consubstanciam valores não passíveis de interpretação puramente lógico-formal, exigindo, mais além, permanente interação entre o sistema jurídico e o ambiente social”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Direito Civil-Constitucional*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 27).
- 7 Neste particular, nos valem do magistério de Portalis, um dos principais redatores do Código Civil Francês, citado pelo professor José Roberto de Castro Neves: “Um Código, assim que pronto, ainda que pareça completo, oferece mil questões inesperadas aos magistrados. É porque as leis, uma vez redigidas, permanecem como foram escritas. Os homens, porém, não se aquietam jamais, agem sempre e esse movimento não para, e cujos efeitos modificados pelas circunstâncias produzem a todo instante um combinação nova, algum novo fato, algum resultado novo. É preciso, pois, abandonar uma multidão de coisas ao império dos usos, à discussão dos homens cultos, ao arbítrio dos juizes”. (NEVES, José Roberto de Castro. *Medida por Medida: O Direito em Shakespeare*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 37)
- 8 V. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- 9 Sobre o tema, indispensável a leitura da obra de: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- 10 Neste sentido, ver: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 45-46 .
- 11 Como afirma Gustavo Tepedino, “O Código Civil, perde, assim, definitivamente o seu papel de Constituição do Direito Privado, os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: A função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional”. (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.7)
- 12 MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. Cit. In: Ob. Cit., p. 29.
- 13 *Apud.* FACHIN, Luiz Edson, Ob. Cit.
- 14 MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil-Constitucional*. In: Ob. Cit., p. 17.
- 15 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Perspectiva a Partir do Direito Civil-Constitucional*. In: Ob. Cit., p. 67
- 16 Trabalha-se neste tópico com base na doutrina de Robert Alexy e Ronald Dworkin segundo a qual *as normas jurídicas* admitem classificação em duas categorias básicas: os *princípios* e as *regras*.

- 17 MORAES, Maria Celina Bodin de. *A utilidade dos Princípios na Aplicação do Direito*. Disponível em: <http://civilistica.com/utilidade-principios/>. Acesso em: 10/07/2013
- 18 BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p.3.
- 19 STF, 2ª T., RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 14/06/2005.
- 20 “o Tribunal de Apelação de Amiens, em acórdão de 2 de novembro de 1912, se deparou com um caso em que o proprietário de um imóvel, no exercício dos direitos inerentes à propriedade, levanta duas construções de madeira, em cima das quais coloca quatro lanças de ferro, com propósito de impedir ou dificultar a subida de balões dirigíveis da propriedade vizinha, de Clement-Bayard. Com isso, tinha a finalidade de que Clement-Bayard adquirisse a sua propriedade por um bom preço. No caso, embora considerando que tinha o direito de propriedade, entendeu o Tribunal de Apelação de Amiens que tal direito subjetivo não é absoluto, e que não havia interesse legítimo que o autorizasse a utilizar sua propriedade com o único propósito especulativo ou de prejudicar o seu vizinho”. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/31284-34889-1-PB.pdf>. Acesso em: 10/07/2013.
- 21 TJRS, 9ª C. C., ED 70051416196 RS, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. em 24/10/2012.
- 22 Nesse particular, conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes. “Os princípios constitucionais, assegurada a hierarquia das normas, são os mais relevantes, configurando os valores que devem estar presentes em cada interpretação-aplicação de regras ou de princípios setoriais. Se uma regra pode ser referida a pelo menos um princípio, há quase sempre uma pluralidade de princípios que devem ser confrontados quando da realização do procedimento de interpretação. Esta análise, comumente chamada de ponderação ou balanceamento, é devida ao fato de que os princípios, ao contrário das regras, constituem uma pluralidade e jamais se excluem mutuamente, promovendo-se, como resultado da interpretação, apenas uma ordenação de preferência (ou uma eventual compatibilização entre eles), que instaura, em relação ao caso concreto, uma “hierarquização axiológica” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. Cit., p. 2)
- 23 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.60.
- 24 Este critério de proporcionalidade impõe ao intérprete a passagem por três etapas: 1) Adequação: a ponderação é adequada quando realiza o mandamento de pelo menos um dos princípios em jogo. 2) Necessidade: A solução da ponderação deve ser aquela que menos sacrifique os princípios envolvidos 3) Proporcionalidade em sentido estrito: As vantagens conquistadas com a ponderação devem ser superiores às desvantagens. Ou melhor: O benefício social visado deve ser superior à restrição imposta. (Sobre o tema: ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, princípios jurídicos y razón*. Doxa, n. 5, 1988)
- 24 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.56.
- 25 BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p.3.
- 26 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 196.
- 27 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. Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 48.
- 28 “Através da Crítica a razão prática, datada de 1788, Immanuel Kant reasentou a questão da moralidade em novas bases, resumidas em última instância, no que ele denominou de “imperativo categórico” (FREITAG, Barbara, *apud*, MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Dignidade da Pessoa humana. In: Ob. Cit., p. 80)
- 29 Neste sentido, CELINA, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: Tendências*. In: Ob. Cit, pp. 39-40)
- 30 Nesse sentido, tem-se a Declaração Universal da ONU de 1948, a Constituição Italiana de 1947, a Lei Fundamental de Bonn, 1949, a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Espanhola de 1978. Também a União Européia, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, consigna a inviolabilidade, o respeito e a proteção à dignidade do ser humano.
- 31 Cf. CANOTILHO, J. J G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 4ª Ed., 1997, p. 225).
- 32 CELINA, Maria Celina Bodin de. *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: Ob. Cit., p.83
- 33 CELINA, Maria Celina Bodin de. Ob. Cit. In: Ob. Cit., p. 84
- 34 CELINA, Maria Celina Bodin de. Ob. Cit. In: Ob. Cit., p. 85
- 35 DALSENTER, Thamís. Ob. Cit., p 55.
- 36 Introdução à obra de: MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- 37 Interessante a passagem de FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 116: “Tudo ainda se reduz: a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de Direito: aquele

que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do Direito Civil; para os demais, o limbo”.

38 Sobre essa mudança “qualitativa”, ver PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 276.

39 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Ob. Cit., p.88

40 DALSENTER, Thamís. Ob. Cit., p. 66.

41 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA; Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de et al. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume I*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 36-37

42 MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. Cit. In: Ob. Cit, p. 128

43 MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. Cit. In: Ob. Cit, p. 126.

44 Neste diapasão, Pietro Perlingieri: “O simples consentimento de que tem o direito não é suficiente para tornar lícito o que para o ordenamento é ilícito, nem pode – sem um retorno ao dogma da vontade como valor – representar um ato de autonomia de per si merecedor de tutela” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 299).

45 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris:2006, p. 155.

46 DWORKIN, Gerald. Paternalismo. *Monist*, LVI, n. 1, junho de 1972, p.65. *Apud* PALMER, Michel. *Problemas morais em medicina*, p. 156. *Apud* DALSENTER, Thamís. Ob. Cit., 68.

47 DALSENTER, Thamís. Ob. Cit., p.68.

48 “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 ele 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](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf). Acesso em: 30/06/2013).

49 MARTEL, Leticia de Campos Velho. Ob. Cit, p.11.

50 MARTEL, Leticia de Campos Velho. Ob. Cit, p. 16

51 DALSENTER, Thamís. Ob. Cit., p. 68

52 DALSENTER, Thamís. Ob. Cit., p.69

53 CARVALHO, Gisele Mendes. *Delitos relativos a prostituição no Código Penal Brasileiro: Proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?*, *Ciências Penais*, Vol. 12, jan-jun. 2010, p 189

54 CARVALHO, Gisele Mendes. *Delitos relativos a prostituição no Código Penal Brasileiro: Proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?*, *Ciências Penais*, Vol. 12, jan-jun. 2010, p.189

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

56 MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. Cit, p. 17

57 Refere-se aqui da ideia de pluralismo jurídico Trata-se do reconhecimento e do respeito por parte do direito da diversidade cultural, étnica, racial e etc. É através deste reconhecimento que se consegue edificar iguais

espaços de manifestação de acordo com as preferências subjetivas e individuais de cada um, consolidando-se, assim, a ideia de autonomia privada.

58 MARTEL, Leticia de Campos Velho, p.18

59 A esse respeito, ver o raciocínio de BEYLEVELD, Deryck e 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. Departamento de Direito da UERJ, p. 48.

60 BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Ob. Cit.*, pp. 38-39.

61 BARROSO, Luis Roberto e MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Ob. Cit.*, p.40.

62 BARROSO, Luis Roberto e MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Ob. Cit.*, p. 42.

63 MARTEL, Leticia de Campos Velho. *O Paternalismo Jurídico – “Que Fazer”?*, pp. 17-18.

64 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. Departamento de Direito da UERJ, p. 173.

65 SARMENTO, Danial. *Apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. Cit. In: Ob. Cit.*, p. 190.

66 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. Cit. In: Ob. Cit.*, p. 190.

67 “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: *Ob. Cit.*, p.135).

68 NEVES, José Roberto de Castro. *Uma Introdução ao Direito Civil: parte geral*. 3ª Ed.: Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 59.

69 Hugo, Victor. *Os Miseráveis*. Trad. José Angeli. 3ª Ed. São Paulo: Scipione, 2011.

70 Disponível em: <http://tecnologia.terra.com.br/eletronicos/na-china-jovem-de-17-anos-vende-rim-para-comprar-um-ipad-2,2e38ad6ec72ea310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html> . Acesso em: 24/07/2013

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

72 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. Cit. In: Ob. Cit.*, p. 81

73 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Op. Cit.*, p. 208

74 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Op. Cit.*, p. 206.

75 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et al.* *Ob. Cit.*, p. 40.

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

77 Enunciado 277 (2006): “O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”.

78 KONDER, Carlos Nelson. *O consentimento no Biodireito: Os casos dos Transexuais e dos Wannabes*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Vol. 15, jul-set. 2003, p. 56.

79 Como exemplo tem-se: Art. 199, §4º, CF; Art. 9º e 15 da Lei nº 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; resolução CFM nº 1.358/92 que estabelece a gratuidade da doação e o anonimato dos doadores e receptores de gametas e pré-embriões; Art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).

80 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.

81 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina *et al.* *Ob. Cit.*, p. 43

82 KONDER, Carlos Nelson. *Ob. Cit.*, p 61. Ainda, Teresa Negreiros ensina que o consentimento é uma ampliação do princípio da boa fé-objetiva, o qual impõe as partes - muito mais do que uma obrigação de lealdade recíproca - uma relação pautada por deveres anexos. (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para um interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 225-257.

83 DALSENTER, Thamis. *Ob. Cit.*, p. 70.

84 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Uma aplicação do Princípio da Liberdade*. In: *Ob. Cit.*, p. 194

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



- 86 MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. Cit. In: Ob. Cit., p. 203.
- 87 Apud MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do Princípio da Liberdade. In: Ob. Cit., p. 203
- 88 DALSENTER, Thamís. Apud MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 168.
- 89 “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, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 140 e ss).
- 90 A resolução ainda define, no art. 3º, o transexualismo. Segundo tal artigo, a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios a seguir 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.
- 91 MORAES, Maria Celina Bodin de e KONDER, Carlos Nelson. Ob. Cit., 137.
- 92 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.
- 93 DALSENTER, Thamís. Ob. Cit., p. 122.
- 94 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 Câ. Cível, rel. des. Tael João Selistre, j. em 18/12/1997);
- 95STJ, 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);
- 96 BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Ob. Cit., p. 23.
- 97 MORAES, Maria Celina Bodin de e KONDER, Carlos Nelson. Ob. Cit., p. 130.
- 98 MORAES, Maria Celina Bodin de e KONDER, Carlos Nelson. Ob. Cit., p. 131.
- 99 Informações obtidas em: <http://g1.globo.com/Noticias/PlanetaBizarro/0,,MUL737296-6091,00-ADEPTOS+DO+BODY+MODIFICATION+LEVAM+O+PROPRIO+CORPO+AO+LIMITE+DA+TRANSFORMACAO+RMAC.html>; <http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2012/10/homem-lagarto-diz-nao-se-arrepender-de-transformacoes.html>; <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI327273-17770,00MULHERES+RETIRAM+O+DEDINHO+PARA+PODER+USAR+SALTO+SEM+DESCONFORTO.html> Acesso em: 22/07/2013