

## **Autonomia Privada Existencial e Bons Costumes**

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

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

### **1. Introdução e delimitação do tema**

A cláusula Geral [1] dos Bons Costumes, inserta no artigo 13 do CC [2], é o objeto de estudo do presente trabalho. Frente à ausência de estudos aprofundados sobre o tema e, por consequência, de parâmetros que orientem o interprete a decidir no caso concreto, vê-se que o conceito ainda hoje é muito negligenciado - o que se verifica tanto pelo seu uso indevido quanto pela escolha de não utilizá-lo. Isso se deve em grande parte aos constantes conflitos teóricos, ainda muito mal resolvidos, entre os limites de legitimidade e legalidade das relações entre o direito e os valores morais de dada sociedade.

Diante disso, busca-se neste trabalho retirar de todos esses “sistemas morais”, aquele que verdadeiramente dê uma autonomia jurídico-científica para o instituto, o que significa não somente investigar o seus aspectos estruturais (“o que é”), como também suas funções específicas à luz do ordenamento jurídico atual.

Para isso, a pesquisa terá de partir da premissa de que a interpretação dos limites impostos pelos bons costumes terá de encontrar fundamento numa sistemática entusiasmada pelo pluralismo [3] e afeita à harmonia de uma sociedade, como a atual, que prive pelos iguais espaços de manifestação de cada um, de acordo com suas preferências subjetivas.

Isso significa, em resumo, afastar a típica noção que sempre envolveu sua historicidade, qual seja, a de que o conceito traz um afã moralizador, responsável por aproximações indesejadas com a moral dominante de dada sociedade, muitas vezes servientes à uma tendência conservadora e dissociada de qualquer exigência Constitucional.

Concebe-se, assim, um conceito indeterminado, iluminado, por sua vez, por um escopo legítimo de limitar situações jurídicas que não se revelem, em concreto, dignas de merecimento de tutela.

### **2. Objetivos**

O objetivo do presente trabalho é demonstrar – por meio da construção de um sólido esquema teórico – que a cláusula geral de bons costumes, quando lida à luz dos ditames da Dignidade Humana, desempenha um papel relevante para a solução de conflitos que envolvam limitações à Autonomia Privada Existencial.

### **3. 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 à limitação imposta pela cláusula geral dos bons costumes. Nesta fase, a análise jurisprudencial se deu em duas etapas: 1) num primeiro momento, buscou-se examinar as decisões proferidas pelos tribunais pátrios, restando-se pertinentes para a pesquisa os editos proferidos pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul; do Espírito Santo e do Supremo Tribunal Federal. 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 Americanos 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. Por conseguinte, incidiu-se na análise da historicidade do conceito de bons costumes e do seu significado atual. 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: i) O caso dos *Wannabes*; ii) O caso Lagartixxa iii) A lei 7.374/2004 e o “incentivo” à doação de sangue iv) A ADPF 54: o caso dos fetos anencéfalos e) O *Barebacking*.

#### 4. Da Base Teórica:

Para que seja possível destrinchar os pormenores do conceito de Bons Costumes, faz-se necessário preparar o terreno com algumas considerações de cunho teórico-abstrato, em cujo bojo venha a se revelar o marco teórico escolhido. Conforme ao final será visto, este introito será de suma importância para enquadrar a ideia de Bons Costumes dentro de um conteúdo normativo hígido, apto a revelar toda sua potencialidade contributiva frente aos anseios do sistema jurídico-social em que se encontra inserido.

De início, trivial consignar que a Ciência Jurídica é uma ciência eminentemente humana, aliada a instrumentos que tenham por fins práticas concretas. Nesse campo, de nada adianta a construção de um sistema distante da realidade, que, ainda no plano abstrato, tenha por almejo a completude e neutralidade, no vão afã de reduzir a complexidade do sujeito de direito a um artificialismo conceitual incoerente com a realidade. Os instrumentos dessa ciência, de maneira alguma, podem se predispor a esvair tal qual os coeficientes diante do produto de um cálculo aritmético. Nessa Ciência, os coeficientes estão em constante renovação, justamente porque o(s) produto(s) da *práxis* está(ão) sempre em evolução. Está-se aqui a estudar uma ciência complexa, desafiadora, porquanto eficaz se e somente se estiver debruçada em esquemas estruturais dotados de relatividade.

Em razão disso, pode-se afirmar que o denominado *formalismo jurídico*, segundo Pietro Perlingieri, está fadado ao fracasso. Um estudo puramente formal do Direito, cuja forma sobressai ao conteúdo, traz a pretensão de apreender e sistematizar o saber jurídico à luz de uma lógica estritamente formal, com uma configuração, via de regra, estática e enclausurada aos seus próprios pressupostos. Acaba por neutralizar o sistema, fechando-o à objetivação da linguagem, como se a norma extraída da letra da lei pudesse ser resultado de única e certa interpretação. Faz da linguagem uma entidade destacada da realidade social e, por conseguinte, distancia os institutos jurídicos da prática, de forma a fossilizá-los à categoria de dogmas: ubíquos – subservientes à onipresença em todas as realidades de tempo espaço. Esta técnica, puramente lógica, o Direito não pode comportar, pois, repita-se, sua eficácia tem como pressuposto a flexibilidade de suas estruturas formais.

De outra banda, alerta Perlingieri que a reação aos defeitos do formalismo não pode descambar para excesso oposto. Segundo ele, o denominado *pragmatismo jurídico* também é uma afronta ao saber jurídico. Tal noção pauta-se na ideia de que a forma do Direito sucumbe frente à realidade prática. Ou seja, o *dever ser* deixa de ser uma categoria inerente ao saber Jurídico para perecer diante do *ser*. De acordo com essa noção teórica, a Ciência Jurídica não se revela fora do caso concreto; o Direito Positivo, em si mesmo, deixa de existir. Aqui, a norma social é considerada a expressão perfeita da auto-regulamentação da sociedade, tida

como a vanguarda salvadora do terror do formalismo. Porém, esquece-se que a total ruptura da forma implica no fim de um regramento justo e coerente, pois o social, de *per si*, será sempre parcial para com a balança das realidades do mais forte.

Diz-se “realidades”, pois elas existem num sem número de acepções. Dentro de uma sociedade convivem a realidade econômica, a ideológica, a religiosa e etc. Se não houver quem as regre, a justaposição das realidades será mera utopia, de forma a revelar-se tão cruel quanto à ode ao formalismo, pois, como cediço, num mundo sem regras predefinidas a lei do mais forte será a lei da realidade que lhe aprouver. Cria-se, em antítese, um verdadeiro “Dogmatismo sociológico”. Inadmissível, verdadeira negação da força transformadora do Direito.

Apresentados estes dois cenários, necessário ponderar no seguinte sentido: a teoria que parece mais adequada é aquela que vai encontrar um ponto de equilíbrio entre forma e realidade.

Neste trabalho, entende-se que é por meio do marco teórico do *Direito Civil-Constitucional* que o saber jurídico vai chegar a essa estabilidade. Da dialética entre lei e realidade, tal corrente vai trazer a equilibrada composição de ambos para o caso concreto.

De maneira ampla, pode-se dizer que ela vai buscar auferir o fim axiológico por detrás da norma infraconstitucional. Dessa forma, ela permite que o Direito se encadeie aos almejos sociais, de maneira a convalidar, por meio do repensar em convicções aparentemente estáticas, a dinâmica necessária à sua renovação, sem, ao mesmo tempo, negar a normatividade das leis e da Constituição, tidas como *standards* de conduta, abertos e plenamente modeláveis às especificidades do caso concreto. Nas palavras de Luiz Edson Fachin, 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” [4].

De forma mais específica, no particular do Direito Civil, esse marco teórico propõe a releitura do *Codex* à luz das normas constitucionais. Pode-se dizer que essa releitura possui dois sentidos básicos: um interpretativo e outro aplicativo. O primeiro impõe que as normas de Direito Civil sejam interpretadas de acordo com a Constituição e o segundo, que as normas constitucionais sejam diretamente aplicadas às relações privadas [5]. Nesta esteira, a Constituição passa a ser o centro de referência do ordenamento jurídico, de maneira que suas normas – permeadas por valores abertos, notadamente voltados para uma perspectiva humanista - passam a se sobrepor às rígidas disposições do Direito Civil, enraizadas historicamente na tutela de direitos patrimoniais.

Com efeito, faz-se da Carta Magna o novo centro unificador do sistema [6], apto a oxigenar a normativa infraconstitucional com os ares de sua tábua axiológica, de forma a destampar os poros comunicantes do sistema com a *práxis*, outrora obstruídos pela ode ao dogmatismo (formal ou social). Assim, os tidos *dogmas* da Propriedade, família e contrato [7], até então centrais no Direito Civil, atualmente só serão dignos de tutela se o seu escopo for o de promover os valores referenciais da Constituição, razão pela qual deve ser superada a clássica dicotomia entre o *Direito Público* e o *Privado*, nos termos tradicionalmente postos [8].

Desta *unidade aberta* faz-se o arquétipo necessário para enfrentar a dialética aqui apresentada. Encara-se a relatividade da realidade sem esquecer da normatividade da regra jurídica. Constrói-se, a um só tempo, um sistema estável e coerente na forma, mas animado pela interação constante com novas realidades [9].

## 5. A autonomia corporal como expressão de uma autonomia existencial

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 [10].

Trata-se de uma reviravolta introduzida na dogmática Civilista, porquanto até o Código Civil de 1916, permeado, sobretudo, pelas luzes da produção liberal oitocentista, o sujeito era visto como um ente abstrato, sendo o corpo ignorado na sua singularidade. Todavia, conforme visto, dada a Personalização do Direito Civil, tal realidade foi completamente mudada, de modo que corpo, atualmente, é reconhecido como um atributo inerente à pessoa humana [11], objeto de um fluxo contínuo de mudanças – livre de tabus [12] – e instrumento de suma importância para a autorrealização existencial.

Essa transformação foi disciplinada no Código Civil de 2002, dentro do capítulo referente aos Direitos da Personalidade [13], inexistente no Código Civil 1916. Sucede que, apesar de inovadora, tal construção, se lida apenas à luz do Código, revela-se insuficiente para tutelar de forma adequada a pessoa humana. Seria no mínimo leviano crer que um tímido rol de 11 artigos pudesse regular *in totum* as múltiplas e infinitas facetas de um ser individual e plural, a um só tempo.

Sendo assim, deve se levar em conta que os Direitos da Personalidade, neles inserido o direito ao próprio corpo, não se resumem às disposições taxativas do Código. Na verdade, deve se considerar tal regulação como uma categoria aberta, inserida tão somente para especificar os efeitos mais agudos da personalidade humana nas relações civis. Os Direitos da personalidade, ao contrário, vão se revelar como prerrogativas elásticas, tendentes a abranger um sem número de hipóteses, muitas vezes não previstas nem previsíveis pelo legislador.

Em decorrência dessa assertiva, deve-se considerar que os Direitos da Personalidade não podem se enclausurar em tímidas *fattispecies* autônomas e incomunicáveis entre si, tais como expressas na literalidade do Código Civil. Deve-se, ao revés, concebê-los como um valor, fragmentado à luz do Código, mas dotado de ductilidade e adaptabilidade à luz do Ordenamento [14], dada a unidade de tutela atribuída ao sujeito de Direito pelo Princípio da Dignidade da pessoa humana, cláusula geral dos Direitos da Personalidade [15].

Ademais, a personalidade humana, se considerada como um valor, não pode ser reduzida dentro do elenco de direitos subjetivos típicos como o exposto pelo Código Civil. Na verdade, ela vai se apresentar dentro de uma infinidade de situações jurídicas subjetivas; ora como um poder jurídico, ora como um direito potestativo ou uma autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado; enfim, qualquer acontecimento ou circunstância juridicamente relevante à pessoa humana [16].

Diante dessa hermenêutica emancipatória, o intérprete não poderá analisar a personalidade humana apenas sobre o ponto de vista estrutural, reveladora de uma proteção negativa, no sentido de conceder, apenas, prerrogativas abstratas (estáticas) ao sujeito de direito e meios legais para repelir injustas agressões [17]. Como já visto, tal posição reproduz a técnica arcaica e insuficiente de tutelar a pessoa humana à luz da ótima patrimonialista. Se hoje, como já visto, a tutela meramente estrutural se faz insuficiente frente a necessária funcionalização do patrimônio aos anseios individuais, que dirá numa relação jurídica eminentemente existencial, onde sujeito e objeto se confundem. Nesta seara, o juízo de merecimento de tutela faz-se mais do que imprescindível, sendo o grande delineador do dever de promoção da ampliação dos Direitos da Personalidade.

Nesta esteira, o particular do direito ao próprio corpo também sofreu diversas mudanças específicas. Atualmente, tem-se o entendimento de que a adequada construção da identidade corporal vai se dar a partir do ajuste entre corpo e mente, aspectos indissociáveis entre si. Ou seja, para se revelar como um meio de autorrealização existencial, a autonomia

corporal vai ter que se demonstrar como uma prerrogativa que possibilite a convergência entre o viés físico e psíquico da pessoa humana, de forma a realizar, em concreto, os ditames estabelecidos pelo subprincípio da integridade psicofísica [18] (v. item 6). Dessa forma, qualquer restrição imposta à autodeterminação corporal terá de se defrontar com o ônus argumentativo de, no caso prático, demonstrar que a disposição ou alteração corporal não está realizando a justa adequação entre físico e psíquico.

Outra profunda transformação sofrida pelo corpo foi a sua fragmentação. No campo da medicina, as intervenções estéticas reduzem formas e medidas, alteram a constituição primária do nariz, da boca, dos olhos, dos seios, transmutando a natureza e apagando as marcas indesejadas, muitas vezes de forma irreversível [19].

Tendo em vista tal cenário, deve-se entender que tais transformações, apesar de pontuais, podem se revelar como uma alteração de suma importância para o próprio *eu*. Sendo assim, a intensidade da mudança não deve ser analisada por meio de um critério quantitativo. Muitas vezes, a mera mudança de um fragmento pontual do corpo pode se revelar muito mais devastadora para a subjetividade do sujeito do que uma transformação tida como de grande monta para olhos externos. Busca-se aqui um critério de legitimação qualitativa, no sentido de não se analisar a legitimidade da autonomia corporal com base no que foi mudado, mas sim com base no que aquela mudança significa para a pessoa humana, no interior de sua subjetividade.

Do mesmo modo, num sistema em que se priva pelo direito e respeito à diferença, não há como se pré-constituir uma noção única de corpo. Em verdade, coexistem dentro da sociedade um sem número de ideais corporais, que merecem, de igual forma, a tutela do ordenamento jurídico. Trata-se, assim, de uma busca pelo respeito integral sobre o direito ao corpo, de maneira a voltar Autonomia Corporal para a constituição de um sujeito singular, com amplo domínio sobre sua integridade física e delineador de um corpo que lhe permita chegar ao seu ideal de vida digna.

Contudo, para se enfrentar o tema, não se pode fazer da ideia de funcionalização da Autonomia uma volta ao dogma da vontade individual, alheio à noção de alteridade. À luz da Dignidade da Pessoa humana, a Autonomia Privada tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a 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 [20]. 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. [21]

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. Dentre as hipóteses permissivas a tal limitação, uma delas é aquela expressa pela cláusula geral dos Bons Costumes do Art. 13 do CC, que, a partir de agora, será analisada mais a fundo.

## **9. O Art. 13 do Código Civil e a Cláusula Geral de Bons Costumes**

### **9.1. Diminuição permanente e exigência médica**

Na seara do Art. 13, a limitação imposta pela cláusula geral dos bons costumes deve ser lida levando-se em conta os demais conceitos vagos ali inseridos pelo legislador. São eles:

a *diminuição permanente à integridade física* que, assim como os bons costumes, define o merecimento de tutela do ato, e a *exigência médica*, que autoriza a disposição mesmo quando em afronta aos outros dois [22].

Com relação à noção de *diminuição permanente da integridade física*, esta deve ser lida de acordo com as ideias anteriormente assinaladas. Como exposto, tem-se hoje a noção de uma integridade psicofísica, de modo a fundamentar a tutela jurídica sobre o corpo, por meio da unificação de suas dimensões física e psíquica. Tem-se, portanto, uma percepção 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. Trata-se aqui da proibição de uma disposição que traga permanentemente uma dissonância entre o ideal de bem estar físico e psíquico da pessoa humana.

Quanto à questão da “*exigência médica*”, esta assume posição de relevância, devendo ser considerada como hierarquicamente superior aos demais critérios, pois é capaz de derogar ilicitude do ato mesmo presentes a diminuição permanente da integridade ou a afronta aos bons costumes. Não se trata, contudo, de elevar a exigência médica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica. Trata-se, ao revés, de interpretá-lo com uma certa flexibilidade, abrindo-lhe ao diálogo com as exigências de outros ramos, de forma a que ele tenha uma verdadeira aplicabilidade prática, revelando-se, no caso concreto, como um permissivo ao acesso aos fins terapêuticos que o indivíduo tanto almeja.

Diante desses dois critérios, vê-se, portanto, que o estudo da limitação trazida pelos bons costumes só se mostrará relevante quando a disposição não acarretar uma diminuição permanente da integridade psicofísica e ainda não tiver passado pelo crivo da “*exigência médica*”, nos termos acima delineados.

## **9.2. A historicidade dos Bons Costumes: da moral social à moral constitucional**

Deve-se inicialmente salientar que o conceito de bons costumes, atualmente, diverge sobremaneira daquele historicamente empregado. Usualmente, o termo era empregado para diferenciar os comportamentos tidos como toleráveis, daqueles que deveriam ser reprimidos. Dotada de alto grau de abstração, tal concepção introjetava o valor moral dominante de dada sociedade, de forma a verdadeiramente revelar-se como um meio de sustentar a legitimidade do aparelho coercitivo social frente aos valores minoritários.

A sexualidade, por sua vez, foi uma das manifestações corporais mais massacradas pelo conceito de bons costumes. Como assinalado, fazia-se do corpo verdadeiro tabu, apreendendo-lhe dentro de um modelo definido externamente pela sociedade, onde a busca do sexo por mero prazer, a homossexualidade (o “invertido”), a prostituição, dentre outras manifestações, eram marginalizadas. No passado, os *Bons Costumes* associavam corpo à religião, o que sucedia na demonização de manifestações sexuais contrárias aos dogmas religiosos, associados à concepção dualista da pessoa - cingida em corpo e espírito – a qual resultava na ideia de inviolabilidade sacra do corpo como instrumento para realização de sua missão na terra [23].

Como reflexo dessa ordem, tais comportamentos chegavam a ser criminalizados ou, quando menos, tratados como verdadeiras doenças, a serem aniquiladas pela repressão da biopolítica constituída [24]. Em união de esforços, os discursos médico e jurídico faziam dos bons costumes um verdadeiro *poder de polícia* constituído primordialmente para limitar os espaços de liberdade existencial que representassem um perigo aos valores morais compartilhados pelo conservadorismo vigente

Atualmente, porém, considerado á luz da dignidade humana, a noção de bons costumes adquire função diversa daquela outrora consolidada como meio de controle social do corpo e das manifestações da sexualidade. Trata-se de reconhecer na referida noção o sentido de moralidade assegurado pela Constituição de 1988 [25].

Como já exposto, a Ciência Jurídica, ao mesmo tempo em que voltada para os anseios sociais, é também uma ciência normatizante, voltada para o regramento de dada sociedade. Sendo assim, muitas vezes o caráter regulador do sistema não vai abarcar a moral dominante de dada sociedade. Trata-se, aqui, de se superar a clássica separação entre Direito e moral, sem esquecer que nem todo o valor moral compartilhado em dada sociedade será necessariamente um valor juridicamente protegido, dado o caráter pluralista do sistema, cuja tutela se volta para todos, de igual forma, sem qualquer preferência apriorística. Cumpre afirmar, portanto, que a moralidade assegurada pelo sistema é justamente aquela parcela da moralidade social que foi internalizada pelos princípios constitucionais - expressões normativas dos valores compartilhados pela sociedade que ultrapassam limites setoriais de dado grupo. Em outras palavras, pode-se dizer que a moral Constitucional é aquela assegurada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, alçado ao ápice do sistema jurídico pelo próprio poder constituinte originário, expressão direta da vontade soberana do povo.

Nesta esteira, ao se considerar que o conceito de bons Costumes representa valores morais, ter-se-á de assumir que ele será preenchido tão somente pelos valores morais internalizados pelo sistema [26]. Desse modo, espanca-se qualquer noção de bons costumes afeita a legitimar a coerção legal da moralidade social, a exemplo do *Moralismo Jurídico Paternalista* e outros institutos afins [27]. Da sua radiografia, portanto, ver-se-á uma ossada constituída primordialmente por valores de cunho pluralista, voltados, como já cediço, para a abertura de fronteiras em que se permita incluir e tutelar de igual forma os diferentes sujeitos que numa sociedade (con)vivem.

Isso significa reconhecer o caráter limitador dos Bons Costumes sem deixa-lo se tornar um obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade. Para tal, necessário consignar que qualquer tentativa de definição apriorística do seu conteúdo vai contrariamente a *ratio* do conceito em questão. A impossibilidade de determinação do conceito é justamente o que lhe dá funcionalidade no sistema, sendo a conexão entre a tábua axiológica Constituinte e a matéria regida no corpo codificado [28]. Se assim não fosse, o intérprete se veria privado de atualizar e adequar o conceito frente ao sem número de ideais corporais, em constante renovação. E desse modo, *tertium non datur*: ou o conceito, ao perder sua funcionalidade, cairia como letra morta no artigo em questão [29]; ou traria uma limitação quantitativa e rígida à Autonomia corporal, de forma a engessá-la dentro de uma noção aprioristicamente estanque e, portanto, contrária à construção da Dignidade Humana como valor aberto, afeita ao pluralismo.

Ademais, deve-se registrar que limitação imposta pelos bons costumes, em regra, não incidirá no espaço concedido pelo ordenamento ao livre desenvolvimento da personalidade. Isso significa dizer que não há limites internos a serem impostos por essa cláusula geral quando se tratar de autonomia corporal. Ou seja, em regra, as situações jurídicas de eficácia pessoal não ensejaram uma violação aos Bons Costumes.

Dentro do universo de relações jurídicas cunhadas em situações de eficácia pessoal, um caso peculiar vem gerando intensos debates na seara do direito à autodeterminação corporal. Trata-se das questões envolvendo os chamados *Wannabes ou amputees by choice* [30]. São indivíduos portadores de *apotemnofilia*, (BIID *Body integrity identity disorder*), os quais vivem com a diuturna sensação de que certos membros do próprio corpo são estranhos à sua estruturação, desejando, de forma compulsiva, a amputação. Cuida-se de uma sensação constante de descompasso entre a integralidade do corpo e a verdadeira identidade subjetiva do sujeito (daí o nome *wannabe* ou “queremos ser”). São casos de pessoas que, de forma improvisada, amputam o próprio braço e respondem às tratativas médicas de reimplantação, com ameaças de que irão cortar novamente. Ou ainda, casos como de um investidor legal da Califórnia, que, depois de ter sido recusado em um hospital para realizar uma amputação, amarrou suas pernas com torniquetes e mergulhou-as em gelo, na esperança de que a

gangrena lhe garantisse aquele tratamento radical. Ou, ainda, como o ocorrido em 1998, quando um nova-iorquino de 79 anos viajou para o México e pagou dez mil dólares por uma amputação de perna no mercado negro, vindo a falecer de gangrena num motel. [31]

Nessas hipóteses, a autonomia corporal deve ser respeitada? Deve se permitir aqui um limite interno extraordinário imposto à Autonomia Corporal? São perguntas que ainda hoje intrigam os estudiosos da área.

No que toca o argumento acerca da impossibilidade de disposição permanente, este cai por terra quando da comprovação de que tal disposição vem a adequar corpo e mente, a revelar sua adequação com o princípio integridade psicofísica. Porém, diante disso, seria possível alegar violação à moral constitucional? De um lado, para alguns portadores da disfunção o bem estar físico e psíquico chega após a primeira amputação. Por outro, poder-se-ia defender ideia de dignidade como heteronomia, à luz de um discurso social, haja vista o dia a dia de um deficiente ser algo, em regra, bastante penoso? Fala-se aqui em uma doença, e, por consequência, em uma disfunção incapacitante? Se intuitivamente diz-se sim, em contrapartida deve-se lembrar que outrora a medicina chegou a diagnosticar o homossexualismo e o transexualismo, hoje amplamente aceitos, como verdadeiras patologias.

Por essas e outras considerações, vê-se que diante de poucas respostas surgem muitas perguntas. Esta hipótese põe, verdadeiramente, os bons costumes e a autonomia corporal no fio da navalha. Portanto, para que não haja feridas ou cortes, não irá aqui se esgotar o tema, mas sim apenas expor a problemática concreta envolvendo o caso e os bons costumes. Frente ao estágio atual da medicina e, talvez, da sociedade em que se vive, vê-se que há muito mais do que apenas uma resposta correta para a situação em jogo.

De outra banda, admite-se, em regra, a limitação de situações jurídicas de eficácia interpessoal e social, por meio da cláusula geral dos bons costumes. Ou seja, ela se traduz como um limite externo à Autonomia corporal sempre que ela afetar - de forma desproporcional (v. item 5) - a esfera jurídica de terceiros.

Dentro dessas hipóteses, fato notório foi o do Catarinense Lagartixxa que, em convenção internacional onde se reuniram 300 tatuadores, deitado sobre uma maca e vestido apenas com uma calça comprida, permitiu que um especialista em piercings fizesse cinco incisões em suas costas com um bisturi e lá inserisse ganchos, semelhantes aos de açougue, mas feitos de material cirúrgico. Pelos ganchos presos a cordas, Lagartixxa foi elevado a quatro metros do chão e lá ficou suspenso por 10 minutos com sangue correndo pelos ferimentos.

Segundo relatos de quem estava no local, apesar de a prática ser corriqueira em eventos desse porte, muitos foram embora horrorizados e outros passaram mal com a cena. Seria, nesse caso, razoável coibir uma nova atuação de Lagartixxa, sob o argumento de violação aos bons costumes (Moral Constitucional), quando do risco de dano à esfera jurídica de terceiros?

Nessa hipótese, faz-se necessária a seguinte ponderação: a proibição se mostrará ou não justificável a depender do local escolhido para a apresentação. Por um lado, não há dúvidas de que, aos olhos de Lagartixxa, tal espetáculo é uma verdadeira expansão de sua personalidade e manifestação límpida de sua autonomia corporal. *A priori*, portanto, não deverá ser rechaçada. Por outro lado, o local escolhido será um fator de suma importância para pesar a balança da Dignidade humana para um lado ou para o outro. Se o caso se repetir conforme exposto, decerto, não será proporcional qualquer limitação. Como já assinalado, tratava-se de uma convenção internacional que contava com mais de 300 tatuadores, ou seja, era um local mais do que oportuno para a manifestação corporal de pessoas que respiram tal autonomia no dia a dia do próprio labor.

Por outro lado, caso o show se desse num local público ou numa escola, v.g, onde convivem crianças de diversas idades, o prato dos bons costumes certamente tenderia a pesar



a balança. E não por violar a moral social, frise-se, mas sim por causar danos – muitas vezes de grande monta – a um sem número de pessoas que (i) ou não estão acostumadas com esse tipo de apresentação (ii) ou não estão física e moralmente preparadas para tal. Trata-se, no caso, de uma autonomia corporal utilizada, mesmo que inconscientemente, como um meio para ferir a dignidade de terceiros.

Outro interessante dilema ocorreu no Espírito Santo, quando a assembleia legislativa do Estado criou uma lei que instituiu meia entrada para doadores de sangue, em eventos esportivos de cultura e lazer que ocorressem em locais públicos, da administração direta e indireta. Tal lei, de número 7.737/2004, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3512, de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau [32].

No julgamento, datado de 15.2.2006, o STF julgou improcedente a Adin, e, portanto, constitucional a referida lei. Segundo o entendimento do Tribunal, a despeito de o art. 199, §4º [33] da CF ter vetado todo e qualquer tipo de comercialização de sangue, ele estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. Sendo assim, diante do entendimento de que o ato normativo não determinaria recompensa financeira à doação nem estimularia a comercialização de sangue, mas, ao revés, apenas facilitaria sua coleta, o tribunal decidiu tratar-se de uma manifestação legítima do princípio da livre iniciativa, cuja preservação estaria ligada diretamente ao interesse da coletividade, a revelar a constitucionalidade da norma.

Tal caso nos leva a seguinte reflexão: Até que ponto os incentivos materiais à disposição corporal podem ser considerados constitucionais? Se talvez não fosse sangue, mas um rim, em troca de remuneração, isso ensejaria uma violação aos bons costumes [34]? Necessário sempre estar reticente a incentivos financeiros em troca de disposição corporal, porquanto a ótica patrimonial, além de insuficiente [35], é uma verdadeira arma contra a tutela integral da pessoa humana. Nesse âmbito, a cláusula geral de bons costumes revela-se como um meio de suma importância para restringir as hipóteses de autonomia flagrantemente contrárias aos fins existenciais. Deve-se lembrar que a ampliação de incentivos tais como o do caso exposto poderia revelar-se devastadora frente a formação de verdadeiros mercados negros, onde órgãos seriam vendidos como mercadorias. Nunca demais frisar que o sistema é pautado por uma lógica personalista, na qual os valores existem existenciais são fins, enquanto os materiais, meios. Muitas vezes, a comercialização do corpo poderá significar uma subversão dessa ordem, de forma a tratar o corpo como um meio para a realização de fins materiais, a revelar uma violação frontal à Dignidade Humana.

Tal ponderação, portanto, promove uma importante aproximação entre bons costumes e dignidade. Reveste a primeira com um cunho personalista, a revelar seu fundamento, baseado na proteção da pessoa como medida de todas as coisas. Desse modo, faz-se da limitação imposta pelo conceito não algo atrelado ao vazio de uma mera repressão, mas sim uma limitação voltada para a tutela integral da dignidade da pessoa humana.

Outro caso polêmico foi o concernente à descriminalização do aborto de feto anencéfalo. Apesar da complexidade dos fatores envolvendo o caso, que em muito extrapolam as tintas do art. 13 do Código Civil, fazem-se oportunas algumas considerações sobre ele, sobretudo no que toca a distanciação entre bons Costumes e moral social. No termos da decisão proferida na ADPF 54 [36], formalizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, o STF, por maioria de votos, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal [37].

Tais condutas são criminalizadas justamente para evitar a interrupção precoce de uma vida em formação. Ocorre que a Anencefalia é uma malformação congênita e irreversível, conhecida como ausência de cérebro, que leva a criança à morte poucas horas depois do parto.

Ainda, em 65% deles, a morte do feto é ainda registrada no útero [38]. Portanto, diante do caso concreto, a discussão girava em torno da seguinte questão: poderia o feto anencéfalo ser considerado uma vida em formação, e assim, digno de tutela, ou de fato, ele não seria um vida? Iniciou-se, então, a discussão acerca do que seria vida para o direito.

Em meio a esse acalorado debate, entidades religiosas – aqui entendidas como a moral social setorizada – iniciaram campanhas a favor da interpretação extensiva do artigo, a abarcar a criminalização do aborto de feto anencéfalo, justamente porque, para elas, o natimorto ali em desenvolvimento seria sim uma vida. Entretanto, como já trabalhado, o Direito não pode estar à mercê da moral social, tendo a decisão final refletido justamente essa posição. A moral Constitucional é, em último grau, o princípio da dignidade da pessoa humana e ele, interpretado em conjunto com o art. 2º do Código Civil, não dá guarida à tutela do natimorto. Em razão disso, afastou-se a moral constitucional da social, compreendendo-se o natimorto como uma partícula do Corpo da Mãe, e não uma vida em formação, a ser tutelado pelo ordenamento.

E mais: desse entendimento pode-se tirar outra interessante conclusão. De um lado – na moral social setorizada – o natimorto é considerado uma vida, o que, nesta ótica, criminalizaria a conduta abortiva e limitaria a autonomia corporal da mãe; de outro, na moral constitucional – e, portanto, à luz da Dignidade humana – entende-se o natimorto como uma partícula morta do corpo da mãe. Diante disso, vê-se que a decisão do STF deu, por *vis indireta*, um embasamento ao que aqui vem sendo defendido. Ao restringir a incidência dos artigos do Código Penal à luz do ordenamento, o tribunal, afirmou que a mãe, por meio de sua autonomia corporal, poderia dispor de parte do seu corpo morto (aqui, feto anencéfalo - natimorto) para que não sofresse meses a fio, o que, em consequência, nos diz que tal intervenção não acarretaria violação aos *bons costumes*, aqui necessariamente entendido, portanto, como expressão da moral constitucional. Ou seja, caso o tribunal tivesse lido os *bons costumes* à luz da moral social, restaria a proibir o aborto, pois o termo vida para ela abrange o natimorto. Contudo, Ao permitir o aborto, sob o argumento de que vida seria lida em razão da moral constitucional, separou o direito da moral social, escolhendo justamente dizer que a permissão de disposição não contrariou os *bons costumes*, aqui lidos, necessariamente, sob a ótica constitucional. Assim, em resumo: Os *bons costumes* entendidos à luz da moral social seria um óbice para o aborto, e portanto, para a disposição corporal; enquanto que aquele lido à luz da constituição, não. Permitiu-se o aborto, permitiu a disposição corporal, tendo escolhido necessariamente a segunda opção.

Por fim, faz-se enriquecedora a análise dos *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 lhe 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* (presenteadores), os soropositivos que servem à contaminação daquele HIV antes negativo [39].

Pelo exposto, pode-se naturalmente concluir que a referida prática não é compartilhada pela moral social dominante. Trata-se de verdadeiro *ato acrático* [40], caracterizado primordialmente pelo prazer do risco. *A priori*, seria fácil enquadrá-lo dentro da limitação historicamente imposta pelos Bons Costumes por dois motivos: (i) o primeiro, sob o argumento de que tais atividades causam ou podem causar malefícios à saúde dos praticantes; (ii) e o segundo, porque tais práticas são, de fato, um rico meio para a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis (DST's).

Todavia, ao se trazer para a colação a interpretação constitucional que se faz imperiosa, vê-se que tal atividade, *a priori*, em nada viola os bons costumes, sendo, na verdade, uma manifestação legítima de autonomia corporal.

O primeiro argumento citado cai por terra, pois a saúde, vista sob o prisma civil-constitucional não mais significa a mera “ausência de doença” [41]. Trata-se de uma visão reducionista, animada por um Estado excessivamente social, que não é mais o caso do brasileiro. Na realidade, a saúde deve ser vista sob um enfoque individual, onde se respaldem aspirações individuais, conectadas à noção já trabalhada de autonomia corporal. Cuida-se de um conceito visto sob uma perspectiva dinâmica - em constante vir a ser - referente às condições de equilíbrio psicofísico da pessoa humana, ditadas justamente pela faculdade de modificar ou conservar sua própria saúde da forma que repute mais adequada.

Sob esta ótica, portanto, a construção de um modelo individual de saúde vai significar a construção da própria personalidade, de modo que a limitação interna promovida pelos Bons Costumes vai ser mostrar inadequada, como de regra.

De outra banda, o segundo motivo deixa de ser uma limitação interna à autonomia corporal, passando-se a ser um limite externo - em defesa, portanto, da dignidade de terceiros afetados pelo ato. Aqui, a fundamentação acerca da constitucionalidade da atividade pede maior robustez - e não será imperante - vez que o ônus argumentativo se torna muito mais desafiador. Pode-se sustentar, por um lado, que o dano construído nessa hipótese é indireto, a excluir o nexos causal, e não necessariamente vinculado [42] à prática do *barebacking*, já que ela, se muito, só irá necessariamente afetar quem é praticante. De fora daquele grupo, outras infinitas concausas podem ser determinantes para a proliferação dessas doenças, tais como o reuso de seringas, a prática de atos sexuais sem o uso de preservativos, dentre outros. Normalmente, o nexos causal embasado num dano indireto não dá margem nem mesmo à indenização de cunho patrimonial, que dirá para sustentar a legitimidade de uma limitação à autonomia corporal frente uma suposta violação aos bons costumes.

Por outro lado, o Direito Civil lido à luz da legalidade Constitucional se revela, nesta hipótese, uma faca de dois gumes. E aqui o risco de se ferir será assumido. Se, de um lado, a referida ideia sobre o dano indireto e inexistência de nexos causal hígido dá guarida à defesa das liberdades existenciais, de outro, o princípio da solidariedade pode dar-lhe outros contornos. Talvez seja uma tendência perigosa e de difícil sustentação - e que pode trazer limitações a um sem número de situações que não o *Barebacking* -, mas, em defesa da solidariedade, poder-se ia, por analogia, aplicar aqui a tendência acerca da erosão dos filtros da reparação [43], de maneira a abrandar o campo de incidência do nexos causal, o que, implicaria dizer que, diante do risco de dano indireto, tal conduta ensejaria uma violação aos Bons Costumes. Trata-se de uma ponderação em que a solidariedade resulta vencedora, de modo a preencher os bons costumes com a ideia acima exposta.

## 10. 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. Entre o louvor à forma e o “Dogmatismo sociológico” busca-se um equilíbrio, a fim de que se alcance a justaposição entre o “ser” o “dever ser”. Tal objetivo é alcançado pela lógica da corrente Civil-Constitucional, onde a estrutura da norma é oxigenada pelos valores abertos da Constituição, de modo a trazer uma reformulação das instituições consagradas na normativa infraconstitucional, em geral, e do Direito Civil, em particular, à luz da legalidade constitucional.
2. O sistema binário (fato-regra) referente à técnica subsuntiva, mostra-se insuficiente para a interpretação de princípios Constitucionais. 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, sempre que possível, preservar o máximo de conteúdo de cada uma delas. Se não, sacrificará um dos interesses em jogo, devendo sempre fundamentar racionalmente a sua decisão, à luz da vontade normativa da Constituição.
3. O princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF) se apresenta 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: i) o princípio da solidariedade ii) da integridade psicofísica iii) da igualdade iv) e da liberdade. A seu turno, este poliedro axiológico confere um verdadeiro “personalismo” ao direito civil, redefinindo os seus institutos, tal como 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. 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. Por meio 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.
5. O direito ao próprio corpo – por sua vez, expressão da autonomia corporal - se revela por meio de uma complexidade de situações subjetivas que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo, dentre outras. Deve ser encarado, como um conceito aberto, que se encontra presente dentro de inúmeras situações, estando limitada apenas pelo norte da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, não se revela como um fim em si mesmo, mas sim como um meio de concretização da tutela da pessoa humana. E, diante disso, pode ser objeto de ponderação quando um valor constitucional contraposto estiver com ele em rota de colisão.
6. Historicamente a noção de bons costumes foi utilizada para dar suporte jurídico ao conservadorismo de dada sociedade e à manutenção do *status quo*, o que revelou a sua íntima ligação com a moral setorizada de dada sociedade. Atualmente, porém, o conceito deve ser preenchido com os valores morais internalizados pelo ordenamento jurídico, o que leva à conclusão de que, no mais alto grau, ele é uma expressão da dignidade da pessoa humana, estando à serviço da promoção e expansão da personalidade do sujeito de direito.
7. Quanto ao caso dos *wannabes* procurou-se fazer uma análise expositiva da problemática. Trata-se de um caso extremamente sensível, sediado em terreno movediço, onde, de um lado, há fortes argumentos para a defesa da autonomia privada dos *wannabes* - tais como, a impossibilidade, em regra de uma limitação interna à autonomia privada e adequação do caso com a noção já construída acerca do ideal de integridade psicofísica. Todavia, de

- outro, aparecem argumentos igualmente fortes capazes de pesar a balança para a violação aos bons costumes, sobretudo se considerado resultado incapacitante de tal disfunção.
8. No que toca o dilema envolvendo o caso lagartixxa, não há dúvidas de que o ato, por si só, não pode ser considerado reprovável. Todavia, fez-se interessante a análise de sua legitimidade, a depender do local escolhido para a sua prática. Se feito num local propício para a prática de tal arte, portanto, certa é a sua tolerância . Se, ao revés, for realizada em locais nos quais se possa identificar uma ampla gama de pessoas despreparadas para tal, o discurso social á luz da violação aos bons costumes falará mais alto.
  9. Diante do caso envolvendo a constitucionalidade da lei capixaba 7.374/2004, o alerta se faz imperioso. Os “incentivos” para a disposição corporal podem revelar uma subversão dos valores do sistema, não só coisificando a pessoa humana, como também incentivando o início de um verdadeiro mercado negro de órgãos. Nesses casos, a aproximação bons costumes e dignidade, pois reveste a primeira com uma importante limitação a tais práticas, a revelar a revelar sua função voltada para a tutela integral da dignidade da pessoa humana.
  10. A decisão de delimitar o conceito de vida à luz do ordenamento jurídico foi um grande passo para a demarcação de fronteiras entre a moral social e o ordenamento, tido como a moral constitucional. Ao descriminalizar as condutas descritas no CP nas hipótese envolvendo fetos anencéfalos, veio a reconhecer que o conceito de vida para o ordenamento se diverge daquele compartilhado na moral setorial, vindo a necessariamente permitir a disposição corporal, sem os freios dos bons costumes, porquanto lidos à luz da legalidade constitucional
  11. Sobre o caso envolvendo os *barebackers* mostra-se desarrazoado o argumento acerca da violação aos bons costumes em virtude da violação ao direito à saúde, também expressão de autonomia corporal. Trata-se de analisar o termo sob as lentes da legalidade constitucional, o que demonstra uma concepção formada sob o ponto de vista individual e numa perspectiva dinâmica, em constante modificação. Já o argumento em prol da proteção da incolumidade de terceiros ganha mais robustez. De um lado, ao se considerar o dano à terceiro um dano indireto, quebrado estaria o nexos causal entre a conduta e o prejuízo causado, a não revelar violação aos bons costumes. De outro lado, se em defesa da solidariedade buscar-se abrandar o campo de incidência do nexos causal para os danos causados indiretamente, poder-se-á alegar violação aos bons costumes para limitar tal prática.

## 12. Referências

1. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
2. \_\_\_\_\_. On the thesis of a necessary connection between Law and morality. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2 p. 138-147, 2000.
3. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.
4. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio*, n. 1, 2. ed.. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, p. 59-73.

5. \_\_\_\_\_. Ampliando os Direitos da Personalidade. In: José Ribas Vieira. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
6. \_\_\_\_\_. Constituição e Direito Civil: Tendências, in *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000.
7. \_\_\_\_\_. *Danos à Pessoa Humana*. Uma leitura civil-constitucional do dano moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
8. \_\_\_\_\_. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. No prelo. Original gentilmente cedido pela autora.
9. \_\_\_\_\_. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
10. \_\_\_\_\_. O Princípio da Dignidade Humana. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
11. \_\_\_\_\_. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
12. \_\_\_\_\_. Recusa à Realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. *Revista Forense*, n.343, p. 194, 1998.
13. \_\_\_\_\_. Sobre o nome da pessoa humana. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n.12, 2000, p. 48-74.
14. DALSENTER, Thamís. *Corpo e autonomia: interpretação do artigo 13 do Código Civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2009.
15. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
16. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
17. \_\_\_\_\_. *História da sexualidade: o uso dos prazeres*. 10. ed. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque, São Paulo: Edições Graal, 2003.
18. \_\_\_\_\_. *História da sexualidade: o cuidado de si*. 8. ed. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque, São Paulo: Edições Graal, 2005.
19. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, v. II, 2ª. ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
20. KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Colisão de direitos fundamentais: direito a vida em oposição a liberdade religiosa; o caso dos pacientes testemunhas de jeová*

- internados em hospitais públicos*. ESMAPE Notícias, Recife, v. 6, n. 12, 2006, p. 18-21
21. KONDER, Carlos Nelson. *O Consentimento no Biodireito: Os Casos dos Transexuais e dos Wannabes*. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 15, jul.-set. 2003.
  22. LÉOBON, A.; FRIGAULT, L-R. La sexualité bareback : d'une culture de sexe à la réalité des prises de risque, 2004. Disponível em <[http://www.gaystudies.org/article\\_leobon\\_bareback.pdf](http://www.gaystudies.org/article_leobon_bareback.pdf)>, acessado em 20 out. 2011.
  23. MACARIO, García Alemany, *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Alicante, 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14591&ext=pdf&portal=0>
  24. NETO, Luisa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração de seu regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004
  25. ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.
  26. PALMER, Michel. *Problemas morais em medicina*. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2002.
  27. PERES, Ana Paula Barion. *Transexualismo: O Direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
  28. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.
  29. PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
  30. RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006.
  31. \_\_\_\_\_. Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003, Em: <http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf>.
  32. \_\_\_\_\_. *Elogio del moralismo*. Milano: Feltrinelli, 2011.
  33. SÁ, Fabiana Costa Lima de. A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. Themis. *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 3, n.1, p. 323-338, 2000. Disponível em: <<http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/THEMIS-V3-N1.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2008.
  34. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
  35. SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In: PEIXINHO, Manoel. (et. al.) (org). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª ed., 2006.

36. \_\_\_\_\_.*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2004.
37. SCHRAMM, Fermim., A autonomia difícil. **Bioética**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27- 37, 1998.
38. SIBILIA, Paula. *O Homem Pós-Orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
39. SORIANO, Ramón. *La Desobediencia Civil*. Barcelona: PPU, 1991.
40. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012
41. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
42. \_\_\_\_\_. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, pp. 167-175.
43. VALDÉS, Ernesto Garzón. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988

---

<sup>1</sup> A esse respeito, confira-se a lição de Judith Martins Costa: “Estas janelas, bem denominadas por Irti de ‘concetti di collegamento’, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípio valorativos ainda não expressos legislativamente, de ‘standards’, arquétipos exemplares de comportamento, deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, no casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas -, o seu enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. (MARTINS COSTA, Judith, *O novo Código Civil Brasileiro: em busca da “éticas da situação”*, In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS COSTA, Judith, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118)



<sup>2</sup> 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.

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

<sup>4</sup> Prefácio à obra de: FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

<sup>5</sup> “Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos. (PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11).

<sup>6</sup> “(...) É forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil-Constitucional*. In: Direito Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito PUC-Rio. Rio de Janeiro: n. 1, jul/dez, 1991, p. 62

<sup>7</sup> “Os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 12-13. V. também em CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

<sup>8</sup> Segundo lições de Pietro Perlingieri: “A carta Constitucional representa o momento da realidade interna do ordenamento Jurídico. Significa que não é mais possível distinguir o Direito Constitucional do Direito Civil, que não é mais possível se falar em Direito Público e em Direito Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmo valores e os mesmos princípios fundamentais para todo o sistema”. PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. Revista da faculdade de direito da Uerj, n. 6 e 7. Rio de Janeiro: UERJ, 1998/1999, p. 66.

<sup>9</sup> A propósito, Pietro Perlingieri resume o ora exposto: “O ordenamento não constitui um sistema imóvel, fechado entre os confins de sua completeza formal e linguística, mas um sistema aberto e sensível à mudança dos fatos e da história, resultado de uma contínua, incessante obra do conhecimento científico amparado por uma investigação empírica que não se limita a operar com símbolos, mas com fatos, isto é, com conteúdos verificáveis. Ciência e praxe, norma e fato, longe de se confundirem, operam em planos distintos mas convergentes, em uma contínua, indeclinável dialética que é vital para evidenciar – não a sua contraposição, mas – a sua complementariedade. O conhecimento jurídico não tende a descobrir a verdade e a solução absoluta, alé do mais não verificável, mas aquela mais idônea às escolhas predeterminadas, expressas em regras convencionais que, no seu fluxo histórico, constituem o filtro da experiência geral em contínua verificação, em contato com os singulares fatos concretos. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 82).

<sup>10</sup> DALSENTER, Thamís. Ob. Cit., p. 66.

<sup>11</sup> “De fato, o corpo se tornou o lugar da identidade pessoal. Sentir vergonha do próprio corpo seria sentir vergonha de si mesmo. As responsabilidades se deslocam: nossos contemporâneos se sentem menos responsáveis do que as gerações anteriores por seus pensamentos, sentimentos, sonhos ou nostalgias; eles os aceitam como se lhes fossem impostos de fora. Em contraposição, habitam plenamente seus corpos: o corpo é a própria pessoa. Mais do que as identidades sociais, máscaras ou personagens adotadas, o corpo é a própria realidade da pessoa”. (PROST, Antoine. Fronteiras do Espaço Privado. In PROST, Antoine; VINCENTE, Gérard (orgs.). *História da vida privada: Da Primeira Guerra a nossos dias*. São Paulo: Companhia das letras, 2009, v.5, p. 89-90)

<sup>12</sup> Na Idade Média, v.g, o tabu envolvendo o uso do corpo foi o caminho para o controle da própria subjetividade humana: “As manifestações sociais mais ostensivas, assim como as exultações mais íntimas do corpo, são amplamente reprimidas. É na Idade Média que desaparecem, sobretudo, as termas, o esporte, assim como o

teatro herdado dos gregos e dos romanos. (...) Mulher diabolizada; sexualidade controlada; trabalho manual depreciado; homossexualidade no princípio condenada, depois tolerada e enfim banida; riso e gesticulação reprovados; máscaras, maquiagem e travestimento condenados; luxúria e gula associados (...) O corpo é considerado a prisão e o veneno da alma. (LE GOFF, Jacques; TRUONG, Nicolas. *Uma história do corpo na idade média*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 37)

<sup>13</sup> Os direitos da personalidade podem ser definidos como os direitos reconhecidos ao indivíduo, oponíveis a coletividade e ao Estado, os quais expressam um conjunto de atributos inerentes a pessoa humana e cujo objeto são os diversos aspectos do próprio sujeito no seu aspecto, físico, intelectual e moral. Para fins de organização podem ser separado em dois grupos, os quais abrangem os (I) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (II) direitos à integridade moral, onde se inserem os direitos à honra, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome dentre outros.

<sup>14</sup> Nesse sentido, as lições de Pietro Perlingieri acerca da tutela dos Direitos da Personalidade à luz da legalidade Constitucional Italiana: “Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva e deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade, exigem uma consideração positiva. O fato de a personalidade ser considerada como um valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes como, por exemplo, o direito à saúde (art. 32 Const.), ao trabalho (art. 35 ss. Const.). O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em via judicial (art. 24 Const.)”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 156).

<sup>15</sup> “A propósito dos Direitos da Personalidade, um de seus aspectos mais interessantes – e problemáticos – consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses precisam ser encarados como uma categoria aberta. De fato, oposta a uma identificação taxativa dos direitos da personalidade encontra-se a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, a sua personalidade – configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral a consagrar a proteção integral da personalidade, isto é, a pessoa globalmente considerada”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os Direitos da Personalidade*. In: Ob. Cit., p.127).

<sup>16</sup> (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os Direitos da Personalidade*. In: Ob. Cit., p.127)

<sup>17</sup> Sobre este ponto, Gustavo Tepedino: “Permanecem os manuais brasileiros, em sua maioria, analisando a personalidade humana do ponto de vista exclusivamente estrutural (ora como elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas, identificada com o conceito de capacidade jurídica, ora como elemento objetivo, ponto de referência dos direitos da personalidade) e protegendo-a em termos apenas negativos, no sentido de repelir agressões que a atingem. Reproduz-se, desse modo, a técnica do direito de propriedade, delineando-se a tutela da personalidade de modo setorial e insuficiente. (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva Civil-Constitucional – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 9.

<sup>18</sup> Deve-se assinalar, ainda, que - em consonância com a noção de integridade psicofísica, hoje consolidada pela concepção unitária do corpo - a expressão “exigência médica” contida no art. 13 passou-se a referir tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente, conforme o enunciado nº 6 da I Jornada de Direito Civil.

<sup>19</sup> (DALSENTER, Thamis. *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. 74)

<sup>20</sup> Trata-se do diálogo entre autonomia pública e privado, assim exposto pelo prof. Daniel Sarmento, segundo as lições de Habermas: “Jürgen Habermas propôs uma saída intermediária para a questão da relação entre liberdades individuais e soberania popular. Para ele, não há que se falar em primazia de nenhuma delas. O herdeiro da Escola de Frankfurt procura, na verdade, estabelecer uma conexão íntima entre os direitos individuais e a soberania popular, afirmando que ambos são igualmente essenciais à legitimação do Direito Moderno, no contexto de um mundo ‘desencantado’, onde, diante do pluralismo, não é mais possível, nem mesmo no seio das sociedades nacionais, fundamentar a obrigatoriedade das normas em valores substantivos, nem muito menos pela força. Esta legitimação, para ele, deve ser buscada num procedimento discursivo de formação do direito positivo, realizado sem coerções, no qual todos os afetados tenham iguais possibilidades de participar, e de serem, assim, elaborados. Nesta linha, as liberdades individuais, bem como outros direitos fundamentais que ele enuncia, afiguram-se essenciais para viabilizar a possibilidade deste procedimento discursivo, do qual resultará a produção de um direito legítimo”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 180).

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 155.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume I. 2ª Edição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36

<sup>24</sup> “Nessa perspectiva, os principais tipos pervertidos sexuais eram: 1) os espinaes, idiotas completos, cuja prática perversa era o onanismo, ‘tal é esta idiota estragada, esgotada, indiferente a tudo que o cerca, que se entrega a uma masturbação desenfreada após a idade de 3 anos’; 2) os espinaes cerebrais posteriores, nos quais prevalecia ‘o ato instintivo puramente brutal. A ninfomania e a satiriasis entram neste grupo’; 3) os espinaes cerebrais anteriores, dentre os quais estavam as perversões propriamente ditas, os invertidos. Esses eram considerados os mais perigosos pois desde criança o homem procurava o homem e a mulher a mulher. Para Casper, o invertido tinha ‘uma alma de mulher em corpo de homem’. Outros Juristas e médicos classificaram os invertidos em natos e acidentais. Os natos, desde a infância, se comportavam como uma mulher, na adolescência se apaixonavam por um companheiro e começavam um onanismo recíproco, chegando posteriormente à pederastia”. Os médicos legistas consideram estes indivíduos como verdadeiros alienados’ ou degenerados hereditários. Essa inversão seria ou congênita ou devida à depravação moral, à perversidade. Completavam esse quadro de ‘loucos sexuais, os sádicos, masoquistas, erotômanos, paralíticos, vesânicos, epiléticos, idiotas e débeis, exibicionistas e fetichistas”. (MAZZIEIRO, João Batista, *Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos – São Paulo 1870/1920*. Rev. Bras. Hist. 1998, vol. 18, n.35, pp. 247-285)

<sup>25</sup> DALSENTER, Thamis. Ob. Cit., p. 107

<sup>26</sup> “Em uma sociedade plural, que protege constitucionalmente os mais diversos estilos de vida e preconiza a tolerância e a não-discriminação, torna-se tarefa de difícil justificação a proibição de atos individuais que não atinjam terceiro, sob o fundamento da violação dos “bons costumes”. Um dispositivo proibitivo desse jaez poderia violar os preceitos constitucionais que garantem a livre expressão da identidade e a inviolabilidade. O termo “bons costumes”, portanto, deve ser entendido em consonância com os fundamentos e os objetivos da República, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. (TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Ob. Cit., p. 37)

<sup>27</sup> Segundo Luis Roberto Barroso e Leticia Martel, o moralismo jurídico paternalista é o “princípio [que se] refere 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’ 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); (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: 20/07/2014).

<sup>28</sup> “O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas”. (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva Civil-Constitucional – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 5)

<sup>29</sup> E é justamente o que atualmente vem acontecendo. Diante do reconhecimento de que os bons costumes se revelam, *a priori*, como um conceito que traz para o direito a manutenção de um moralismo social - embebido no conservadorismo - ele vem perdendo sua aplicabilidade prática, sendo tratado como verdadeiro termo não escrito no artigo em questão.

<sup>30</sup> V. mais em 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)

<sup>31</sup> KONDER, Carlos Nelson ; MORAES, Maria Celina Bodin de. Dilemas de direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 163-164

<sup>32</sup> STF, Pleno, ADI 3512, Rel. Min. Eros Grau, julg. 15.02.2006

<sup>33</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e

tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização

<sup>34</sup> Caso semelhante, porém mais intenso do que ao aqui retratado aconteceu na Nicarágua: “*Plasmaferesis* era o nome do laboratório instalado na Nicarágua que coletava, mediante pagamento, o sangue de cidadãos pobres e subnutridos, além de prisioneiros e militares de baixo escalão. Com o integral apoio do governo ditatorial de Anastásio Somoza, o laboratório exportou para os Estados Unidos e Europa cerca de 300 mil frascos de sangue por ano, entre 1973 e 1977. A horrenda atividade despertou críticas do jornal de oposição, *La prensa*, cujo diretos e líder, Pedro Chamorro, acabou assassinado. O crime causou a indignação do povo nicaraguense, que tomou as ruas aos gritos de ‘somoza vampiro’! A sede do *Plasmaferesis* foi queimada e o regime ditatorial, já minado pela revolta sandinista, encontrou seu fim, obrigando o ditador a fugir do país. (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2º Edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 41)

<sup>35</sup> Casos clássicos da insuficiência do método patrimonial para a solução de questões existenciais são os de: (i) Jonh Moore, que se submeteu a tratamento de leucemia mediante diversos procedimentos de amostras de sangue, retiradas de tecidos do corpo e do baço, sem saber que tais partes destacadas serviriam como instrumento de pesquisa destinados a patentear uma linhagem de células a partir do seu material genético. Diante disso, solicitou parte dos lucros, ao argumento de que elas seriam sua propriedade. A Corte Suprema da Califórnia, porém, acertadamente, chegou à conclusão de a linhagem de células patenteadas e os produtos delas derivados não poderiam ser propriedade de Moore, restando-lhe, somente, o ressarcimento pela quebra de confiança na relação médico-paciente. (ii) Sharon Irons, que engravidou de seu namorado, Richar Phillips, ao coletar sêmen para se inseminar da prática de sexo oral. A Corte, contudo, aceitou alegação de que teria havido doação do material genético com a transferência de propriedade do doador para a donatária. (V. TEPEDINO, Gustavo. Editorial, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 31, p. iii, iv, jul/set./ set. 2007. Rio de Janeiro, Padma)

<sup>36</sup> STF, Pleno, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Julg. 12.4.2012

<sup>37</sup> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Pena - detenção, de um a três anos; Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante. Pena - reclusão, de um a quatro anos; Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico. I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

<sup>38</sup> KONDER, Carlos Nelson ; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dilemas de direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 170.

<sup>39</sup> 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. 119

<sup>40</sup> Acerca do conceito de *acrasia*, Maria Celina Bodin de Moraes: “Embora sujeitos racionais e conscientes, podemos praticar com intenção atos que podem ser avaliados como ‘irracionais’. Tal irracionalidade, consciente e voluntária, confunde-se na realidade com a falta de razoabilidade objetiva (mas não subjetiva). A discussão filosófica em torno deste paradoxo da irracionalidade – sujeitos racionais podem agir conscientemente de forma vista como irracional (ou irrazoável) – é conhecida na história da filosofia como o problema da *acrasia* ou da fraqueza de vontade. Segundo Aristóteles, em tais casos o agente conhece as premissas (portanto pode concluir, enunciando a conclusão), contudo não age de acordo com a conclusão”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Uma aplicação do Princípio da Liberdade*. In: *Ob. Cit.*, p. 193

<sup>41</sup> Maria Celina Bodin de Moraes, ao ampliar a ideia de integridade psicofísica, também a relaciona com o direito a saúde: “No princípio à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc. Na esfera Cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoa), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo “direito à saúde”, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social” (CELINA, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp.93-94). V. Tb TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

<sup>43</sup> Sobre o tema acerca da erosão dos filtros da reparação v. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.