



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

**DIREITO AO PRÓPRIO CORPO: limites e possibilidades de
disposição dos atributos pessoais**

VANESSA MARIA TREVISAN

BRASÍLIA

2015

VANESSA MARIA TREVISAN

**DIREITO AO PRÓPRIO CORPO: limites e possibilidades de
disposição dos atributos pessoais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração Direito e Políticas Públicas, do Centro Universitário de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Roscoe Bessa

BRASÍLIA

2015

TREVISAN, Vanessa Maria.

DIREITO AO PRÓPRIO CORPO: limites e possibilidades de disposição dos atributos pessoais.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração Direito e Políticas Públicas, do Centro Universitário de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Doutor _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Prof. Doutor _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Prof. Doutor _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Viver é um rasgar-se e remendar-se.

Guimarães Rosa

RESUMO

Esta dissertação realiza um estudo acerca do direito da personalidade, em especial do direito relativo ao próprio corpo e às partes dele. Iniciou-se com uma breve exposição dos diversos discursos sobre o homem ao longo dos séculos, pela análise do princípio da dignidade da pessoa humana e pela delimitação do conteúdo e das características dos direitos da personalidade. Abordou-se, na sequência, a autodeterminação em relação ao próprio corpo e o direito de dispor de algum atributo pessoal e, em outro vértice, os limites à vontade individual, em especial no que se refere à intervenção do Estado no âmbito destes direitos. Prosseguiu-se com a diferenciação das diversas possibilidades de atos de disposição, seja em relação aos envolvidos, ao objeto da disposição ou à finalidade do ato, bem como com a análise de hipóteses de disposição em concreto, com o objetivo de tentar extrair, a partir delas, o fio condutor acerca do regime de disponibilidade na seara dos direitos da personalidade. Promoveu-se, ainda, a reflexão sobre quais elementos devem ser considerados, na análise de um caso concreto, para conclusão acerca da possibilidade, ou não, do ato de disposição de um atributo do próprio corpo, bem como observar se, na sua delimitação atual, o ordenamento jurídico se mostra adequado para promover o ser humano enquanto pessoa detentora de uma dignidade intrínseca e substantiva, não atrelada a requisitos meramente formais. Os resultados mostram que há, ainda, muitos espaços de conflitos e divergências em relação ao direito ao próprio corpo. Assim, em face do atual estágio da ciência e, ainda, da grande relevância desempenhada pelos direitos da personalidade concluiu-se que há a necessidade de continuamente melhor definir e aclarar tais aspectos, a fim de acompanhar as mudanças científicas e sociais. Importante, ainda, afastar-se da concepção negativista e restritiva, conferindo à pessoa o maior âmbito de autodeterminação possível, em homenagem à promoção da dignidade humana, promovendo-se a ressignificação do direito ao próprio corpo e, conjuntamente, da identidade do *ser humano*.

Palavras-chave: Direito da personalidade. Direito ao próprio corpo. Irrenunciabilidade. Indisponibilidade. Intransmissibilidade.

ABSTRACT

This dissertation performs a study concerning the personality rights, in special the right relative to the body itself and its parts. It began with a brief exposure of several speeches on man throughout the centuries, with the analysis of the principle of the dignity of the human person and with the delimitation of content and the characteristics of the personality rights. It approached, in sequence, the self-determination in relation to the body itself and the right to dispose of any personal attribute and, on the other hand, the limits on individual willing, in special in what refers to the intervention of the State in regard of these rights. It proceeded with the differentiation of the diversified possibilities of disposition acts, whether it is in relation to the involved, the object of the disposition or the finality of the act, as well as the analysis of concrete hypothesis on disposition, with the aim of trying to extract, from them, the conducting wire concerning the organization of availability within the personality rights. It promoted, yet, the reflection on which elements ought to be considered, in the analysis of a concrete case, for the conclusion on the possibility, or not, of the act of disposition of an attribute of the body itself, as well as observe if, in its present delimitation, the legal order is shown proper to promote the human being as a person holder of an intrinsic and substantive dignity, not linked to any merely formal requirements. The results show that there are, in addition, many spaces of conflicts and divergence in relation to the right of one's own body. Therefore, facing science's present situation and, furthermore, the great relevancy performed by the personality rights it is concluded that there is the necessity of continue improvement of definition and clarification of these aspects, in order to keep up with both scientific and social changes. It is important, moreover, to avoid the negative and restricted conception, giving the person the wider extent of self-determination possible, in honor to the promotion of human dignity, promoting the resignification of the right over one's own body and, together, the identity of the human being.

Key Words: Personality rights. The right over one's own body. Non-Waiver. Unavailability. Intransmissibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 NOÇÕES INICIAIS.....	14
1.1 HOMEM, PESSOA E PERSONALIDADE.....	21
1.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	32
1.2.1 Aspectos gerais.....	36
1.2.2 Conceito.....	41
1.2.3 Características.....	47
1.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	55
2 DIREITO AO PRÓPRIO CORPO.....	69
2.1 ALCANCE ATUAL DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO.....	70
2.2 DISPONIBILIDADE DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO.....	81
2.3 OS ARTIGOS 11 e 13 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	85
3 LIMITES E POSSIBILIDADES DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO.....	93
3.1 ESPÉCIES DE DISPOSIÇÃO.....	94
3.2 ANÁLISE EM ESPÉCIE.....	97
3.2.1 A doação de sangue.....	97
3.2.2 A esterilização.....	100
3.2.3 A transgenitalização.....	102
3.2.4 A maternidade por sub-rogação.....	104
3.3 CRITÉRIOS INFORMADORES PARA A ANÁLISE.....	106
3.3.1 O consentimento do titular do direito.....	107
3.3.2 A capacidade do titular do direito.....	119
3.3.3 O beneficiário do ato de disposição.....	127
3.3.4 O objeto do ato de disposição.....	129
3.3.5 A finalidade do ato de disposição.....	131
3.3.6 As consequências do ato de disposição em relação ao titular do direito.....	136
3.3.7 As consequências do ato de disposição em relação a terceiros.....	139
3.3.8 O âmbito de normalidade do ato de disposição.....	141
3.3.9 A existência de interesse social.....	143
CONCLUSÕES.....	146
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	159

INTRODUÇÃO

O atual estágio do desenvolvimento da tecnologia permite a decomposição do homem em diversas faces, muitas delas sensíveis, fato que, conjugado com a complexidade das relações sociais, enseja uma miríade de contratos e disposições privadas que envolvem direitos da personalidade, com seus incontáveis questionamentos.

Os meios de comunicação tem sido pródigos em noticiar casos de disposição do próprio corpo ou de partes dele. Adote-se, como exemplo, a notícia sobre o caso de uma jovem que leiloou sua virgindade em um *site* da internet¹; a notícia sobre a comercialização de um pingente contendo amostra de DNA do cantor Justin Bieber, para deleite das fãs²; a notícia sobre um americano condenado à morte que aceitou que seu corpo seja utilizado por um artista plástico, para a realização de uma obra após sua execução³; ou, ainda, as notícias sobre classificados que anunciam a venda de órgãos humanos.⁴

Também merece menção o caso de uma pessoa que aceitou tatuar sua testa com publicidade em favor de uma sociedade empresária⁵; de outra, que tatuou seu corpo imitando as manchas de uma vaca malhada⁶; ou, ainda, um artista que implantou, em um de seus braços, uma orelha⁷. Cabe lembrar, da mesma forma, os inúmeros *realities shows*, nos quais os participantes anuem a ficar confinados em cabines isoladas, submetendo-se a diversas provas físicas (*Solitaire*); concordam em serem submetidos a cirurgias plásticas para ficarem

¹ CANCIAN, Natália. Minha história: Catarinense de 20 anos leiloa virgindade pela internet. Folha de São Paulo, São Paulo, 26 set. 2012. Caderno Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1159380-minha-historia-catarinense-de-20-anos-leiloa-virgindade-pela-internet.shtml>>. Acesso em: 26 set. 2012.

² EMPRESA vende pingente com cópia do DNA de Justin Bieber. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 mai. 2012. Caderno Celebridades. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/celebridades/1092593-empresa-vende-pingente-com-copia-do-dna-de-justin-bieber.shtml>>. Acesso em: 20 mai. 2012.

³ OBRAS de arte com cadáveres detonam debate ético sobre uso do corpo para fins estéticos. Folha de São Paulo, São Paulo, 18 jul. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/07/1312435-obras-de-arte-com-cadaveres-detonam-debate-etico-sobre-uso-do-corpo-para-fins-esteticos.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

⁴ CLASSIFICADOS *on line* anunciam venda de rins. Gazeta do Povo. Vida e cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1476567&tit=Classificados-on-line-anunciam-venda-de-rins>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

⁵ MULHER tatua propaganda de site na testa. 30 jun. 2005. Portal Terra. Notícia. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/noticias/0,,OI574837-EI12884,00-Mulher+tatua+propaganda+de+site+na+testa.html>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

⁶ PRISCILLA Davanzo: A arte de avacalhar com o corpo imaculado. Disponível em: <<http://performatus.net/priscilla-davanzo/>>. Acesso em: 12 mai. 2014.

⁷ ARTISTA implanta orelha em braço e cria polêmica. Portal Terra. Notícia. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/popular/interna/0,,OI1984403-EI1141,00.html>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

com as faces parecidas com a de pessoas famosas (*I want a famous face*); ou, também, programa no qual pacientes terminais consentem que seus meses finais de vida sejam acompanhados pelos espectadores e, ainda, que, após a morte, seus corpos sejam utilizados para a experimentação, em frente à TV, de técnicas egípcias de mumificação (*Mummification*).

Finalmente, é possível citar os diversos *sites* onde são comercializados o corpo ou partes do corpo, como, por exemplo, óvulos⁸, rins⁹ e outros órgãos ou até mesmo *sites* onde é possível escolher uma, dentre as diversas possibilidades de ‘planos’ oferecidos para aqueles que pretendem contratar uma mãe de aluguel para gerar uma criança, ficando a empresa contratada responsável por fornecer óvulos, esperma ou até mesmo o embrião de terceiros, acompanhado, ou não, dos serviços legais e outras facilidades.¹⁰

Não há como ignorar o assombro experimentado pelo leitor dos jornais, tampouco a perplexidade do operador do Direito, chamados a enfrentar as questões morais, éticas, sociais e jurídicas advindas de tais disposições, ainda que pareçam, por vezes, produtos de uma ficção. Com efeito, a realidade caminha a passos largos rumo ao alcance de possibilidades que antes eram reservadas somente ao campo da imaginação, causando, reflexamente, uma grande modificação na sociedade e no homem que, em um determinado momento da história, viu-se frente a frente com este novo mundo tornado possível pela ciência.¹¹

Com o nascimento das ciências naturais, o homem passou a ser sujeito e objeto de estudo e, no âmbito jurídico, impôs-se, cada vez mais, o desenvolvimento das noções a ele relacionadas. Se, em um primeiro momento, o ordenamento jurídico dava ênfase à defesa do contrato e da propriedade e deixava a grande maioria das pessoas à margem do sistema, por não serem contratantes ou proprietárias, é certo que a natural evolução da sociedade

⁸ Para ficar apenas em um, confira-se o site <www.surrogatefinder.com>, no qual mulheres brasileiras publicam anúncios para a venda de seus óvulos ou, ainda, para servirem de ‘barriga de aluguel’ para estrangeiros.

⁹ CLASSIFICADOS *on line* anunciam venda de rins. Gazeta do Povo. Vida e cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1476567&tit=Classificados-online-anunciam-venda-de-rins>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

¹⁰ Confira-se, como exemplo, o site <<http://www.planethospital.com/>>. Acesso em 10 nov. 2013. E, também, o site <<http://kiranivfgenetic.com/surrogacyservices-3/>>. Acesso em 10 nov. 2014.

¹¹ Não somente o homem mudou, mas a forma como o homem é compreendido igualmente mudou. Conforme afirmado por Francis Wolff, ‘um belo dia, no final do século passado, o homem mudou’, fato que também repercute, significativamente, na forma de entender e solucionar as questões a ele relativas, conforme será exposto no seguimento desta exposição. WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p.7).

determinou a alteração do foco do direito privado, para passar a tutelar outros aspectos do ser humano, ao invés de relegá-los ao segundo plano.¹²

Introduziu-se um âmbito de proteção para os aspectos existenciais do homem e para o livre exercício dos direitos da personalidade, como forma de colocar-se no mundo e afirmar sua identidade única e insubstituível perante os demais, havendo, portanto, significativo câmbio do sistema jurídico. Todavia, a visão antiga acabou por contaminar algumas concepções desta nova visão, fazendo com que muitas vezes os direitos da personalidade fossem encarados como mais um patrimônio a ser utilizado pelo legítimo proprietário, dando ensejo às renovadas críticas acerca da perda de densidade da noção de pessoa.

Por outro vértice, a dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de primazia na modernidade, consagrando-se, posteriormente, em diversos diplomas nacionais e internacionais. O princípio da dignidade da pessoa humana conferiu novo influxo aos direitos da personalidade, propiciando o seu reconhecimento como atributos intrínsecos ou inatos a todos os seres humanos¹³, bem como o reconhecimento de que cada pessoa é única e, portanto, tem o direito à liberdade e à diferença na construção de seu projeto de vida em relação aos demais integrantes daquela mesma sociedade.

Todavia, a doutrina e o regramento jurídico atribuíram aos direitos da personalidade as características de indisponibilidade e intransmissibilidade, que, em tese, impedem que o titular destes direitos possa, em determinadas situações, deles livremente dispor, ainda que o ato de disposição venha ao encontro de sua vontade individual. Dessa forma, tornou-se imperioso estabelecer a fronteira entre a autodeterminação individual e a eventual restrição ao exercício desta autodeterminação, realizada pela entidade estatal, por intermédio de suas normas.

Importante, ainda, destacar que, por muitas vezes, a doutrina estabelece, dentre os atos de disposição já tornados possíveis pela ciência, quais são os permitidos e quais não o são, sem, contudo, fazer uma acurada comparação em relação ao elemento corporal envolvido, ao beneficiário do ato e às consequências em relação ao titular do direito e em relação a terceiros. Frustra-se, assim, a reflexão acerca do motivo pelo qual há distinções no tratamento da

¹² LACERDA, Dennis Otte. Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 40.

¹³ Sem prejuízo de retomar a questão posteriormente, cumpre anotar que o valor intrínseco é o oposto do valor atribuído ou instrumental (BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 76).

matéria o que, conseqüentemente, impede o esclarecimento de seus contornos e, também, a possibilidade de utilizar tais ideias para a análise de outros atos de disposição que venham a ser tornar possíveis.

Pretende-se, assim, estudar os limites dos atos de disposição relativos aos atributos da personalidade nas relações privadas, em contraposição aos princípios da liberdade e autodeterminação como forma de garantir a construção de um projeto de vida particular e distinto.¹⁴ Identificar, no caso concreto, quais aspectos devem ser privilegiados, a fim de concluir pela possibilidade ou impossibilidade do ato de disposição não é tarefa simples, mas o constante estudo do tema é imprescindível para que, a cada dia mais, se confira maior densidade jurídica a tais questões.

Os objetivos gerais desta pesquisa consistem na análise de temas e conceitos que se revelam fundamentais para a compreensão dos direitos da personalidade, sobretudo no momento atual do desenvolvimento da sociedade brasileira. Logo, requerem uma exposição relativamente exaustiva para que, no plano seguinte – dos objetivos específicos –, as soluções jurídicas propostas sejam compreensíveis.

Propõe-se, assim, no primeiro capítulo, a apresentação de um panorama geral sobre a condição da pessoa humana¹⁵, com a análise do conceito, conteúdo e princípios a ela relativos, dando ênfase a sua imanente dignidade, para, em seguida, promover a análise dos direitos da personalidade que lhe são atribuídos, bem como as características do regime jurídico destes direitos.

Com base no universo das ideias e os conceitos traçados anteriormente, busca-se, no segundo capítulo, a necessária reflexão acerca do significado do corpo, do conteúdo do direito a ele relativo e a análise da atuação estatal, sob o fundamento da indisponibilidade desse

¹⁴ É comum ressaltar, na seara dos direitos da personalidade, que o seu âmbito se refere às situações jurídicas existências e não patrimoniais. Tal aspecto tem como consequência a diferenciação da autonomia privada da autodeterminação, pois enquanto aquela se refere ao viés patrimonial da liberdade (em especial a liberdade de contratar), essa se refere ao viés existencial, fundado na possibilidade de cada pessoa gerir sua esfera de interesses de acordo com suas preferências. Há, ainda, diferenciação na fundamentação, pois enquanto a autonomia (patrimonial) repousa na livre iniciativa, conforme artigo 170 da Constituição Federal, enquanto a autodeterminação repousa na dignidade humana (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 139, 141).

¹⁵ É certo que não há um consenso acerca da forma de denominação da pessoa humana como ente jurídico. Embora a expressão ‘pessoa natural’ seja corrente, é certo que ela já recebeu críticas, pois daria ensejo à ideia da existência de pessoas não naturais. Propôs-se, também, a denominação ‘ser de existência visível’, proposta que também recebeu críticas, pois atende somente à corporalidade do ser humano, deixando a margens outros aspectos existenciais. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.214-215). De toda forma, adota-se, neste trabalho, a denominação corrente pessoa natural.

direito, a fim de averiguar, em momento posterior, se as restrições impostas pelo ordenamento jurídico são adequadas para atingir o fim almejado, qual seja, a proteção da dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo procura-se distinguir as espécies de disposição do próprio corpo, sistematizando seus diversos elementos, a fim de ressaltar que cada ato possui beneficiários, conteúdo e finalidades distintas. Foram eleitas, ainda, quatro situações concretas para demonstrar que não há um critério único a ser sopesado no que se refere à disponibilidade ou indisponibilidade do próprio corpo, pois a infinidade de atos possíveis impõe o estudo diferenciado das diversas situações.

Por fim, com base nas ideias lançadas, pretende-se a construção de um arcabouço de critérios a serem maturados pelos operadores do direito, em consonância com os valores partilhados pela sociedade em um determinado tempo e sociedade, que permitirão não somente a análise dos atos já tornados possíveis, mas, também, a análise dos atos que porventura venham a ser tornar possíveis com o contínuo desenvolvimento da ciência.

Observe-se, ainda, que, sem prejuízo de se buscar na doutrina estrangeira alguma luz para algumas questões, a matéria será analisada exclusivamente no espaço jurídico nacional. Cumpre ressaltar, também, que não constitui objeto deste estudo abordar os ataques aos direitos da personalidade cometidos por terceiros, mas, sim, abordar aqueles casos em que a própria pessoa titular de um atributo¹⁶ se mostra favorável ao ato de disposição, em favor de outrem ou para atender a uma necessidade individual. Objetiva-se, assim, afastar-se da concepção costumeira, que põe acento nas situações patológicas das lesões e de seu ressarcimento, e buscar, antes disso, os fundamentos relativos ao exercício do direito pelo próprio titular, seus limites e possibilidades.¹⁷

¹⁶ Aqui e ao longo de todo o trabalho será feita referência, obviamente, à ‘pessoa natural’, mas, para evitar repetições, limitar-se-á a fazer referência à ‘pessoa’. Não se olvide, contudo, da existência das denominadas ‘pessoas jurídicas’, como as associações, sociedades e fundações. Cabe aqui a lição de Plácido e Silva: ‘(...) Mas, no sentido técnico-jurídico, pessoa não exprime, simplesmente, o *homem singular* ou *natural*, isto é, o ser *humano*. Há *entidades* ou *criações jurídicas*, personalizadas ou personificadas por força de lei, para fins de várias ordens, a que se dá, também, o nome de *pessoas*. O Direito, no entanto, as distingue, empregando qualificações diferenciais: o homem chama de *pessoa física* ou *natural*, às entidades jurídicas personalizadas, *pessoas jurídicas*, *pessoas coletivas* ou ainda *pessoas morais*.’ (SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1039). Observe-se, ainda, que também não serão abordados neste estudo as questões relacionadas aos nascituros e concepturos, mas, tão somente, as questões relacionadas às pessoas pacificamente reconhecidas como tais no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, pessoas nascidas com vida.

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell’ordinamento giuridico. Camerino: Jovene, 1972, p. 177.

A importância do estudo decorre da constatação de que a sociedade atual está vivendo um momento de profundas transformações tecnológicas e sociais – que exigem novos olhares e significações -, bem como pelo fato de que a tecnologia e a economia de mercado tem invadido a seara privada, transformando o corpo humano e seus componentes em objetos no mercado de consumo, razão pela qual são cada vez mais comuns os contratos que implicam em disposição de direitos da personalidade, sob as mais diversas formas e conteúdos.

Assim, enquanto a sociedade e, em especial, os agentes públicos questionam os limites impostos – ou que devem ser impostos - ao livre exercício da autodeterminação pessoal, os titulares dos direitos pretendem cada vez mais dispor livremente de seus atributos, como forma de construção e afirmação de sua identidade, o que enseja intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de buscar soluções consentâneas com a realidade.

Desta forma, de um lado está a intervenção estatal, por intermédio do ordenamento jurídico que, por opções de naturezas diversas, interdita o livre exercício de algumas faculdades, sob o fundamento de que os direitos da personalidade distinguem e produzem o humano, afastando-o de sua animalidade. Por outro lado, está a questão do reconhecimento da existência de uma sociedade pluralista, que impõe a necessidade de garantir aos indivíduos plena independência no exercício de seus direitos da personalidade, a fim de que possam desenvolver seu projeto de vida individual, em consonância com suas convicções particulares.

É no limiar desta constante e atual tensão entre indisponibilidade e livre disposição dos direitos pessoais que está a justificativa para a reflexão ora proposta, pois, sem sombra de dúvida, cada vez mais a sociedade se defrontará com tais questões, não podendo se afastar dos princípios que orientam a ciência jurídica, mas, ao mesmo tempo, devendo observar os valores particulares de cada pessoa.

Esgotar o assunto seria impossível, não só pelas dificuldades inerentes à matéria, mas por sua grande subjetividade, mas é imprescindível a percepção das múltiplas conexões e o descentramento de certas perspectivas a ele relacionadas. Ademais, o aprofundamento da reflexão sobre eventual delimitação dos contornos da atividade política (na formulação de eventuais políticas públicas e na formulação de um regime de proteção dos direitos da personalidade) e da atividade judicial (na solução dos casos concretos) é imprescindível para propiciar segurança jurídica nas questões relativas a tais disposições, bem como assegurar o desenvolvimento do ser humano e da sociedade em consonância com os objetivos eleitos pelo Estado Democrático de Direito. Este é o ponto de partida desta investigação.

1 NOÇÕES INICIAIS

O estudo do que vem a constituir o ‘ser humano’ – em seus aspectos antropológicos e filosóficos e jurídicos - trilha um extenso caminho ao longo da história e os limites deste trabalho não permitem uma exposição exaustiva a respeito do assunto. Entretanto, indiscutivelmente, uma noção básica do que é o ser humano, a pessoa e, ainda, sua personalidade, na ciência jurídica e em outras ciências, é imprescindível para aquele que pretende o estudo dos aspectos jurídicos dos direitos da personalidade.¹⁸

O artigo 1º da Constituição Federal dispõe, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da ‘*pessoa humana*’, enquanto o artigo 1º do Código Civil assevera que toda ‘*pessoa*’ é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Forçoso reconhecer que referidos artigos atribuem, ao intérprete, a necessidade de, antes de alcançar seu conteúdo, trazer uma pré-compreensão do que seja o ‘*ser humano*’ ou a ‘*pessoa*’ titular de tais direitos.

Há, portanto, uma questão anterior a ser examinada, qual seja, o que significa ser ‘*pessoa*’ para o Direito. Isto porque se o Direito é constituído para o ser humano, e o ser humano é pessoa, não se pode prescindir da consciência do que é a pessoa, sob pena de todo o progresso do Direito ser vazio.¹⁹ Torna-se, assim, imprescindível para a Ciência Jurídica – e para todas as ciências humanas ou sociais – a necessidade de ter em consideração a característica ou propriedade essencial do ser humano, aquela que fundamenta e permite sua distinção em relação aos demais seres vivos. Não se pode deixar de anotar, portanto, que o ser humano há muito se converteu em um problema para si mesmo.²⁰

A Ciência do Direito alinhava, por exigências epistemológicas, seu próprio conceito de ser humano, de sujeito de direitos, de pessoa e de personalidade, criando, a partir daí, um ‘*conceito normativo*’. Contudo, a primeira reflexão que se impõe é se o ‘*conceito normativo*’

¹⁸ O estudo de tais questões para além da esfera jurídica é imprescindível, pois a fé acadêmica na autossuficiência do direito há muito foi colocada em xeque. A este respeito, confira-se: Posner, Richard. A. Problemas de Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 566.

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Prefácio. In: GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 12.

²⁰ SESSAREGO, Carlos Fernandez. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 01.

de pessoa corresponde ou deve corresponder ao conceito de pessoa utilizado por outras ciências.

Com efeito, em que pese não haver correspondência absoluta com o conceito utilizado por outras ciências, é certo que o ‘*conceito normativo*’ de ser humano ou pessoa deve, a toda evidência, corresponder ao ‘*conceito real*’ de pessoa, sob pena de criar-se um sistema jurídico assentado numa artificialidade e indiferente à dignidade imanente do ser humano, proclamada por diversos diplomas legais. Se o Direito é feito pelo ser humano e para o ser humano (e não para as coisas ou objetos inanimados), seria ilógico que ele produzisse algo para outrem que não o próprio ser humano.

Em outras palavras, não há como se compreender o aspecto jurídico de tais direitos - para além de uma categoria formal e abstrata, erigida pelo legislador para abrigar as vontades humanas - se não se tiver em consideração a noção do que é a ‘*pessoa*’, em seu sentido natural, e o que isso significa em sua relação com o mundo que a cerca.

A pré-compreensão da realidade humana deve ter em foco as aquisições e metodologias das ciências da natureza, no que se refere à *Physis* do homem, e das ciências sociais, no que se refere ao *Ethos* do homem, fornecendo, assim, elementos que permitam a compreensão da fenomenologia, circunstâncias e consequências das relações humanas. Vislumbra-se, aqui, a falência do normativismo puro, que, sob o pretexto de assegurar a autonomia da ciência jurídica, pretendeu isolar os dados jurídicos da realidade social e humana.²¹

O conceito normativo, no que se refere à realidade do ser humano, deve, evidentemente, manter diálogo com outras ciências, a fim de erigir sua fonte de legitimação, dotando-o, contudo, da necessária operabilidade. Isto porque se não é permitido personalizar a norma, em detrimento da realidade que é o ser humano, também não se pode, nunca, esquecer a visão do jurista e a finalidade do ordenamento jurídico, que se destina a regular as relações sociais.

Observe-se, ainda, que enquanto o conceito normativo surge, em um primeiro momento, da indagação do ordenamento jurídico em estudo, o conceito real surge da

²¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 18.

indagação da realidade, do que as coisas são em si, pela simples razão de serem²², mas esses conceitos devem estar, sempre, em permanente dialética, cabendo àquele colher os progressos alcançados por este. Pode-se afirmar, portanto, que o ‘*conceito normativo*’ estrutura a ciência jurídica, mas, nem por isso, ele pode ser interpretado isoladamente pelos intérpretes jurídicos, sem nenhum diálogo com os demais discursos sobre o ser humano, apresentados pelas outras ciências.

Ressalte-se, também, que a resposta do que vem a ser o ‘*homem*’ ou a ‘*pessoa*’, investigada pelas outras ciências, não é estática. Ao contrário, a resposta modifica-se de ciência para ciência, a fim de atender às suas necessidades epistemológicas²³, e, ainda, modifica-se até mesmo dentro de cada ciência, em decorrência do decurso do tempo e do seu próprio desenvolvimento, sobrepondo-se umas a outras, com avanços e retrocessos, com novos horizontes e novos questionamentos, numa sucessão infundável de modos de ‘*ver o homem*’ e de ‘*ser homem*’, que, em diversos pontos, se entrelaçam.

Com efeito, a partir do estudo do desenvolvimento das ciências ao longo da história é possível apontar, ainda que brevemente, quatro ‘*figuras*’ de ser humano, figuras estas que bem demonstram a multiplicidade dos discursos adotados por diversas ciências, em diferentes períodos da história. São elas: o homem antigo, o homem clássico, o homem estrutural e o homem neuronal.

O ‘*homem antigo*’, em especial na filosofia de Aristóteles, é o animal racional e, portanto, ocupa uma situação singular na ordem dos seres vivos. Nessa visão, o ser humano é um animal, mas não um animal como os outros, os outros é que se parecem um pouco com ele. O ser humano é um ser vivente, dotado pela natureza de uma capacidade (*razão* ou *logos*)

²² GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 14.

²³ Toda ciência possui um arcabouço de conceitos e métodos que dão fundamento ao seu projeto científico e permitem o desenvolvimento de sua pesquisa. Por vezes, não é o conceito que dá origem à ciência, mas, ao contrário, é a ciência que constrói o conceito, em virtude da necessidade de erigir um fundamento científico que garanta seu desenvolvimento, razão pela qual ela eventualmente delimita, com plena autonomia, os contornos de uma certa figura do ser humano para poder alcançar seus objetivos. Observa-se, ainda, que, por vezes, o conceito e a ciência respectiva mantêm uma relação tão estreita que não é possível afirmar o que é fundamento e o que é resultado daquele fundamento, o que é estrutura e o que é consequência da estrutura. Assim, pode-se eventualmente dizer que não é a sociologia, *per si*, que ressalta os traços irredutivelmente sociais do homem, mas, antes disso, que ela necessita colocar em relevo o caráter social de certas ações para legitimar seus métodos de investigação. Da mesma forma, pode-se questionar se é possível limitar-se a afirmar que as ciências cognitivas mostram que o pensamento humano pode ser descrito como um encadeamento de operações lógicas efetuadas sobre símbolos abstratos ou, ao contrário, se não é lícito supor que é preciso representar-se o pensamento humano como um cálculo a fim de justificar o paradigma cognitivista. (WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 12-13).

que não tem outra finalidade senão conhecer as coisas racionalmente, razão pela qual está no topo da vida terrestre e, em razão disso, toda a natureza está a seu serviço.²⁴

O ‘*homem clássico*’, por sua vez, e, em especial, na ideia de Descartes, é o resultado da união estreita entre uma alma pensante e um corpo espacial, ou seja, é essa interação entre a alma e o corpo (que é substancial e não acidental) que constitui o homem. O ser humano não é, portanto, um mero animal que pensa, como afirmado por Aristóteles, mas, justamente o contrário: pensar é o que distingue o ser humano e o faz não ser um animal. Nesta visão o ser humano não é objeto do conhecimento, mas sujeito, e por três vezes: consciente do que é, senhor do que faz e autor da Ciência.²⁵

O ‘*homem estrutural*’, por sua vez, fruto das revoluções científicas, é o ‘*sujeito sujeito*’, ou seja, o homem determinado por suas condições de existência familiar, social ou histórica, governado por desejos inconscientes, dependente da história, da cultura e da língua. O homem estrutural define-se por sua dependência em relação a uma cultura, a uma sociedade, a um destino familiar, indivíduo consciente, mas necessariamente iludido sobre o que é e sobre o que faz.²⁶

Trata-se de um homem caracterizado não pelo modo de sua vida animal ou pelo seu lugar na ordem da natureza (como na figura de Aristóteles), tampouco pela consciência que

²⁴ WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 35-50. O autor aponta, ainda, que Aristóteles era empirista e o olhar lançado ao homem é sempre objetivo, exterior, é o olhar do naturalista que se depara com o objeto de conhecimento, não é nunca o ponto de vista do psicólogo ou do sociólogo, nem o ato reflexivo de uma subjetividade introspectiva ou de uma interrogação transcendental. O olhar aristotélico sobre o homem se faz de fora, na terceira pessoa e exige o esquecimento de nós mesmos. O homem é fruto de uma especificação (do geral para o particular), pois parte-se do corpo para procurar, em seguida, o que o diferencia dos outros. De fora o homem aparece primeiro como um ser vivente entre outros, para, em seguida, tornar-se distinto dos outros (pela razão ou *logos*) (WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 42, 50).

²⁵ WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 11-79. O autor afirma, também, que Descartes era racionalista, razão pela qual não buscava somente classificar o homem, mas, sim, buscar sua essência, aquilo que permitia situá-lo em classe diferente dos outros seres. E, nessa ideia, o homem aparece como consciência e como interioridade que pensa uma exterioridade reduzida à matéria. Aqui, portanto, o olhar se faz de dentro, introspectivo, na primeira pessoa, do particular para o geral, e o homem é fruto de uma generalização. De dentro, primeiro somos um ser pensante antes de assumir possivelmente um corpo. Antes se encontra um eu, para, em seguida, ver o homem além de si mesmo. O homem aqui não é objeto de conhecimento, mas sujeito do conhecimento (WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 50). Observe-se, também, que essa concepção filosófica dualista já fora inicialmente desenvolvida por Platão, que acreditava em uma união acidental da alma e do corpo, sendo aquela a expressão do mundo ideal, eterno, divino e perfeito, enquanto esse era a porção da matéria, habitante do mundo sensível e, portanto, corruptível e mortal (GALLO, Silvio. Corpo ativo e a filosofia. In: MOREIRA, Wagner Wey (org.). Século XXI: A era do corpo ativo. Campinas: Papirus, 2006, p. 14).

²⁶ WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 07, 70, 104, 140.

tem de si mesmo e do mundo e pela posição que lhe permite conhecê-la (como na figura de Descartes), mas pela negação da vida animal e pelas ilusões constitutivas da consciência (quer individual, quer coletiva, quer social, quer histórica, dentre outras) e pelas diferentes ordens humanas de que depende.²⁷

O posterior desenvolvimento das ciências ligadas à biologia molecular, biologia da evolução e neurociência fez surgir uma quarta figura, a do ‘*homem neuronal*’, ou seja, a figura de um ser humano natural, um ser vivo como os outros, sujeito à evolução das espécies, determinado pelos seus genes, dependente do desempenho de seu cérebro e adaptado ao seu meio. O ser humano é, portanto, um ser de natureza, não tem essência e não tem um sentido próprio, razão pela qual nenhuma de suas propriedades o distingue fundamentalmente de outros seres naturais ou até de certos seres artificiais. A barreira entre ser humano e animal parece dissolver-se e a diferença entre eles seria mais uma questão de grau do que de natureza.²⁸

Para as ciências cognitivas o processo de conhecimento e os processos mentais são fenômenos naturais e, assim, elas pretendem estudar a subjetividade da mente sem renunciar à objetividade da ciência. Promoveu-se, aqui, a substituição de um determinismo da estrutura

²⁷ WOLFF, Francis. *Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 104. Ao contrário do homem de Aristóteles, o homem estrutural não é um ser natural, pois ele se faz e se constrói contra a natureza, tanto em relação ao que está fora dele (o meio natural, o meio ambiente) como em relação ao que está nele (constituição biológica, dados genéticos) (e isso faz com que as ciências que o estudam sejam mesmo Ciências *Humanas*). E, ao contrário do homem de Descartes, o homem estrutural não é senhor dos seus pensamentos, não é sujeito, não está no centro de si mesmo, mas sempre ao lado de si mesmo (e isso faz com que as ciências que o estudam mesmo Ciências *Humanas*). (WOLFF, Francis. *Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 75, 78).

²⁸ WOLFF, Francis. *Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 07, 104-109, 114, 127-128. Diogo Costa Gonçalves, também questionando o que diferencia o homem dos outros seres, embora em outro contexto, assevera: “Que diferença é essa que torna o acto de ser, no Homem, tão singularmente diverso do acto de ser nos outros entes? Diríamos que a diferença é a sua intensidade. De facto, no Homem, o acto de ser é de tal forma intenso, absoluto, totalizante; de tal maneira o Homem é ser, que é senhor da sua própria realidade ontológica”. (GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 42). Da mesma forma, Sir Isaiah Berlin, Willard Van Orman Quine e Kurt Vonnegut, em declaração em defesa da clonagem de seres humanos, citada por Dominique Lecourt, asseveram que “(...) algumas religiões de alcance mundial ensinam que os seres humanos são fundamentalmente diferentes dos outros mamíferos.... Elas consideram a natureza humana única e sagrada. Elas se insurgem contra os progressos científicos que correm o risco de alterar essa natureza. Mas pelo que pode ser estabelecido pela ciência parece que as faculdades humanas não tem senão diferenças de grau, e não de natureza, das dos outros animais superiores. O rico repertório da humanidade em pensamentos, sentimentos aspirações, esperanças parece provir dos processos eletroquímicos do cérebro, e não de uma alma imaterial que funciona de maneira tal que nenhum instrumento pode descobrir. (...). (BERLIN, Isaiah et. al. *Declaration in defense of cloning and the integrity of scientific research*. *Free Inquiry Magazine*, vol. 17, n. 3 (jul. 1997). In: LECOURT, Dominique. *Humano pós-humano: a técnica e a vida*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 93).

(da história, do inconsciente e do social, dentre outros) para um determinismo dos genes, da hereditariedade, do cérebro e da natureza.²⁹

Cumprido consignar que estas diferentes concepções do ser humano influem decisivamente na elaboração do conceito normativo de pessoa e, também, acabam por impor à Ciência Jurídica a necessidade de revisão de alguns de seus conceitos e formas de disciplinar as mais diversas questões relacionadas à vida humana. Não é possível olvidar, entretanto, que as conclusões por elas proporcionadas não são exclusivas ou totalizantes, tampouco ensejaram ou podem ensejar a redução da ideia de pessoa ou de personalidade a uma de suas vertentes, como, por exemplo, à concepção de um homem neuronal ou, ainda, a um de um mero produto de um prévio agrupamento de *genes* que assim a determinou.

Resta claro, portanto, que não há uma concepção única, mas múltiplos discursos sobre o ser humano, que se sobrepõem ou coexistem conforme o período histórico ou conforme o desenvolvimento da própria ciência. É possível constatar, ainda, que essas distintas concepções do que é o ser humano não serviram, ao longo da história, somente para fins teóricos, pois delas se extraíram importantes consequências práticas³⁰, que se refletiram na definição das condições de ‘humanidade’ e, por vezes, atingiram de forma decisiva, o

²⁹ WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 111. Observe-se que as ciências naturais diminuem a importância das circunstâncias sociais e da autonomia individual na formação da personalidade do indivíduo, reduzindo a questão da pessoa a um determinismo genético, previamente estipulado desde a sua concepção (GOMES, Elena de Carvalho. Perícias genéticas, paternidade e responsabilidade pela procriação. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Leticia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 362). Assim, as ciências cognitivas põem por terra a filosofia kantiana, pois apontam a ausência de autonomia, ou seja, de um *self* que permita agir em consonância com as razões previamente eleitas pelo ser humano.

³⁰ Utilizando-se os conceitos acima analisados, Francis Wolff cita os seguintes exemplos: na época do homem estrutural, o autismo era da competência da psicanálise, pois era considerado uma doença mental; posteriormente, na época do homem neuronal, o autismo passou a ser da competência da psiquiatria, pois passou a ser considerado uma perturbação ligada ao desenvolvimento neurológico, havendo, portanto, uma grande mudança não somente do conceito, mas de todos os procedimentos a ele relativos. Na ótica do ‘homem neuronal’, o homem é animal como os outros, razão pela qual ganha relevo a defesa dos direitos dos animais, haja vista que, se todos são animais, não há como pretender que a natureza esteja simplesmente a serviço do homem, como nas concepções anteriores, em especial, na concepção antiga. Por outro vértice, cumpre anotar que algumas ciências adotam, como fundamento epistemológico, um determinado conceito de homem, conceito esse que não sofre grandes influências das outras ciências, pois é ele (o conceito original) o seu alicerce científico. Adote-se, por exemplo, a economia, que tem como pressuposto a figura do *homo economicus*, aquele que, em todas as ocasiões, age racionalmente para maximizar o lucro. Referido discurso sobre o homem não sofreu influência das ciências humanas, sendo, portanto, absolutamente incompatível com o *homo structuralis*, que nunca sabe o que quer, iludido por seus desejos e crenças, determinado por forças inconscientes, abusado pela violência simbólica e sempre agindo em contradição com seus próprios interesses (WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 07-08, 111-112).

‘conceito normativo’ de ser humano e pessoa, bem como exerceram influência na delimitação dos seus direitos e deveres, nos diferentes momentos da evolução da sociedade.³¹

Observe-se, ainda, que a Ciência Jurídica não somente recebeu o influxo dos conceitos de ‘ser humano’, produzidos pelas outras ciências, como, também, promoveu a alteração do conceito normativo conforme a época e as influências recebidas.³² Não se olvide, portanto, que, para além dos exemplos históricos e atuais acerca das divergências existentes, a Ciência do Direito não pode prescindir dos elementos trazidos pelas outras ciências, pois referidas concepções são fundamentais para a sua estruturação e compreensão, bem como para alcançar seus objetivos e desenvolvimentos, pois fornecem fundamento para a resolução das questões relacionadas ao mundo atual.

Necessário consignar, contudo, que enquanto as outras ciências se limitam a estudar o ser humano tal como apresentado ao mundo, pretendendo, tão-somente, fazer constatações e explicar os fenômenos existentes, a Ciência do Direito, ao contrário, está dotada de intencionalidade, ou seja, ela pretende ordenar as relações presentes e futuras do homem em sociedade. O sistema normativo tomou para si a responsabilidade pela tutela da personalidade humana nos seus mais diversos aspectos, esses apontados pelas demais ciências, atentando-se, contudo, aos seus limites objetivos e à sua operacionalidade.³³

³¹ Adote-se, por exemplo, a fixação da idade de 18 anos para que a pessoa atinja a maioridade. A toda evidência que tal idade não resulta de uma mera conveniência política ou de um arbítrio do legislador, mas, ao contrário, funda-se nos conhecimentos trazidos pelas ciências naturais, acerca do processo de desenvolvimento psicofísico do homem.

³² Observe-se, por exemplo, a situação do negro e do índio. Em relação ao primeiro, embora se reconhecesse sua condição de homem, não era, em determinado período da história, considerado pessoa pelo ordenamento jurídico. Não, pelo menos, no sentido que hoje se adota. Em relação ao índio, cumpre consignar que até mesmo sua condição de homem foi, por algum tempo, objeto de controvérsias. sendo que ao final delas, reconhecida aquela condição, a ele também foi negada, pelo ordenamento jurídico, durante determinado período, sua condição de pessoa (CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012). Em tempos ainda mais remotos, os estrangeiros, as mulheres e até mesmo os condenados não eram reconhecidos como pessoas por diversos ordenamentos jurídicos.

³³ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 66, 68. Apontando, todavia, a impossibilidade de se acolher, sem qualquer reflexão, os aportes trazidos pelas ciências naturais, em virtude da intencionalidade do Direito, a advertência de Elena Carvalho Gomes: “Como conseqüência dessa nova reflexão sobre as relações em sociedade, e sobre a própria identidade, também em relação aos conceitos jurídicos tradicionais, colocou-se em evidência a necessidade de uma revisão com base no aporte oferecido pelas ciências naturais. Até aqui, nenhuma surpresa. Não constituindo o direito uma disciplina estanque, é normal e salutar que receba contribuições provenientes das mais diversas esferas do saber. Como se sabe, nas últimas décadas, aproveitaram-se diversos elementos provenientes da economia, da filosofia, a literatura e da física. Também a biologia, cuja preocupação com o desenvolvimento da vida humana confere-lhe a condição de fonte permanente de iluminação, ofereceu – e continua ainda a oferecer – seu contributo, que, a despeito da importância e da utilidade, deve ser acolhido com prudência.

Por fim, para melhor delimitar o significado das palavras que serão utilizadas ao longo desta exposição e, tendo como fundamento o sistema jurídico brasileiro atual, faz-se necessário uma breve explanação a respeito dos vocábulos ‘homem’, ‘pessoa’ e ‘personalidade’.

1.1 HOMEM, PESSOA E PERSONALIDADE

Em relação ao vocábulo ‘*homem*’, é certo que muitas vezes ele é usado indistintamente com o mesmo significado de ‘*pessoa*’, remetendo, portanto, a um mesmo sentido. Tal fato ocorre, possivelmente, em virtude da consolidação da concepção de que todo homem é, para além de todas as suas condições ou vicissitudes particulares, pessoa. Todavia, para os fins deste trabalho, e a partir dos próximos capítulos, a palavra ‘*homem*’ será utilizada para fazer referência, de forma mais específica, à realidade físico-biológica do ser humano, ou seja, ao ser bípede e mamífero, com patrimônio genético humano.

Observe-se que não há espécies próximas à espécie humana que ocasionem problemas de delimitação do significado do vocábulo. Isto porque sua bipedia, crânio, linguagem e postura humana constituem traços imediatos e indiscutíveis e permitem sua identificação física imediata.³⁴ Em outras palavras, ‘*homem*’ refere-se ao indivíduo pertencente à espécie animal com o maior grau de complexidade na escala da evolução, sem fazer alusão à sua realidade psíquica, espiritual ou essencial ou, ainda, à sua personalidade. O homem é, portanto, o pressuposto fático da pessoa natural.

É importante que se proceda com a mesma cautela com que se age quando se trata de empregar, em território jurídico, noções e ideias formuladas por economistas, filósofos e críticos literários. Sobretudo porque os lindes da biologia não se encontram na mesma ordem – a da valoração da conduta humana – em que se situam aqueles atinentes ao direito, que devem ser respeitados, sob pena de que esse seja perigosamente aproximado a correntes de pensamento determinista, em que não se encontra o mais humano dos atributos: a liberdade’ (GOMES, Elena de Carvalho. Perícias genéticas, paternidade e responsabilidade pela procriação. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 362).

³⁴ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. Parte geral. Tomo III. Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 12.

Por outro vértice, em relação ao vocábulo ‘*pessoa*’, primeiramente, cumpre anotar que ele também possui acepções e conteúdos diferentes, sofrendo, ainda, diversas alterações no curso da história. Na antiguidade, o vocábulo possuía uma ‘*pobreza semântica*’, pois era utilizado por oposição ao conceito de humanidade, com a finalidade de diferenciar o particular do universal, ou seja, para distinguir o indivíduo humano concreto, particular, da ideia de humanidade.³⁵

Por ocasião do desenvolvimento da antropologia teológica, o vocábulo *pessoa* alterou-se substancialmente e passou a referir-se a uma realidade substantiva, uma categoria ontológica. O vocábulo deixou de ser utilizado para distinguir o indivíduo frente à ideia universal de humanidade, para tornar-se uma resposta à pergunta ‘*o que é o homem?*’, fornecendo-lhe, assim, um conteúdo ontológico.³⁶

Posteriormente, já na denominada ‘antropologia da subjetividade’, debruçada sobre o sujeito cognoscente, produziu-se uma nova alteração semântica do vocábulo *pessoa*, que passou a designar uma realidade psíquica, emotiva e subjetiva. Aqui, sem conteúdo ontológico, ‘*pessoa*’ voltará a ser interrogação e não resposta sobre a realidade humana. Por fim, na antropologia contemporânea, vem à luz a ideia de que o conteúdo de *pessoa* está relacionado à lateralidade e à abertura relacional (o homem no pluralismo de sua realidade), tendo a liberdade como axioma fundamental.³⁷

No âmbito jurídico, necessário consignar que o artigo 1º do Código Civil dispõe sobre a ‘*pessoa*’, introduzindo, aqui, uma diferenciação em relação ao contido no artigo 2º Código Civil de 1916, que se referia ao ‘*homem*’. Desta forma, a primeira pergunta a se fazer é se o artigo 1º do atual Código Civil pretendeu a identidade de significados entre ‘*homem*’ e

³⁵ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 21-22.

³⁶ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 22-29. Referido autor esclarece, na mesma passagem, que foi por intermédio do desenvolvimento da alteração do conteúdo semântico do vocábulo que a teologia conseguiu explicar três grandes questões da teologia cristã: o problema da Santíssima Trindade (a Santíssima Trindade era a existência de uma única natureza divina em três pessoas iguais e distintas), o problema da Encarnação do Verbo (Jesus, por sua vez, possuía duas naturezas -humana e divina - em uma só pessoa) e o problema da semelhança ontológica entre o Homem e Deus (o homem é imagem de Deus porque é pessoa). Assim, provida de um conteúdo ontológico, o vocábulo ‘*pessoa*’ passa a responder aquelas questões e passa a ser resposta e não interrogação.

³⁷ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 29-31, 37, 37. *Pessoa*, assim, não designa somente o membro de uma certa espécie biológica, mas abrange também aqueles atributos que dizem respeito às nossas maiores preocupações com nós mesmos e com aquilo que nós reputamos mais importante e mais problemático em nossas vidas. (FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. Cambridge: Journal of Philosophy Inc. The Journal of Philosophy, vol. 68, n. 1. (Jan. 14, 1971), p. 5-20. Disponível em: <<http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/Persons/Frankfurt.pdf>> Acesso em: 02 dez. 2013, p. 6).

'*pessoa*'. A resposta a esta questão é negativa, pois não se trata de uma modificação apenas de forma, tampouco uma tendência de o legislador adotar vocábulo 'politicamente correto' a fim de abranger os dois gêneros, mas de adequação do vocábulo à realidade que ele pretende alcançar.

Conforme exposto anteriormente, '*homem*' é noção biológica, enquanto '*pessoa*' é noção filosófica, social e jurídica.³⁸ O conceito de pessoa é, portanto, posterior ao conceito de homem e refere-se a uma complexidade muito maior que um mero pressuposto biológico, pois alcança a manifestação do espírito que habita o corpo humano. Em outras palavras, '*pessoa*' vai além de ser '*homem*', naquilo que se refere à sua constituição físico-orgânica, abrangendo, também, diversos planos psíquicos, espirituais e jurídicos.

O vocábulo '*pessoa*' representa a união de um conteúdo ou substância, no caso o homem, e de uma qualidade, fornecida pela personalidade, sendo esta fusão do substantivo e do predicado uma fusão impossível de ser cindida.³⁹ Observe-se, ainda, que o conceito de pessoa - em sua imediata relação com o ordenamento jurídico, resultando, assim, em um 'conceito normativo' - é alvo de diferentes percepções, pois ora se afirma que pessoa é conceito criado pelo ordenamento jurídico, ora é conceito extrajurídico ou, ainda, é conceito jurídico, mas pré-legal.

Afirma-se que pessoa é conceito jurídico, pois é um produto do direito positivo, ou seja, é o ordenamento que cria e estrutura uma noção própria, em torno da qual se relacionam os diversos direitos e deveres.⁴⁰ Sob outro enfoque afirma-se que pessoa é conceito jurídico, mas pré-legal, ou seja, a pessoa não é realidade pré-jurídica, mas sim, pré-legal, pois é o

³⁸ Nas palavras de Diogo Costa Gonçalves: 'Pessoa não é interrogação. É a resposta à pergunta 'o que é o homem?' (GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 20).

³⁹ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 134. Observe-se que o Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da ADI 3.510, que tinha como objeto a discussão relativa à constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que permitiu a utilização dos embriões restantes da reprodução assistida para a produção de células tronco embrionárias, também faz alusão à pessoa como dimensão biográfica, mais do que simplesmente biológica (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-DF, Relator Min. Ayres Brito, julgamento 20.05.2008, p. 162).

⁴⁰ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 19-20. Observe-se, contudo, que, na lição do autor, personalidade é a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas, estando ligada, portando, à capacidade, aproximação esta que será analisada posteriormente. Confira-se, no entanto, as palavras do referido autor: "A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica. Uma tal qualidade jurídica é um produto do direito positivo, e não uma realidade que este encontre já constituída na natureza e que se limite a registrar tal como a encontra" (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p.19).

próprio ser humano que ilumina a noção de pessoa consagrada no sistema normativo e não o contrário. Assim, a pessoa não é a consequência de uma construção jurídica, mas, sim, o próprio fim do Direito.⁴¹

Por fim, afirma-se que pessoa é conceito extrajurídico, pois embora a ‘pessoa’ seja o próprio fundamento de existência e validade do ordenamento jurídico, ela é, contudo, exterior a esse mesmo ordenamento, pois não é o Direito que a concebe, cria ou extingue - antes a reconhece -, razão pela qual constitui um dado extrajurídico ou pré-positivo.⁴²

Em que pese as apontadas divergências e críticas, forçoso reconhecer que o vocábulo ‘pessoa’ refere-se a muito mais que ‘homem’ e, também, a muito mais que ‘sujeito de direito’.⁴³ Trata-se de uma construção utilizada pela Ciência do Direito para significar o reconhecimento da condição humana frente ao ordenamento jurídico e para fundamentar a personificação de direitos e deveres.⁴⁴ A pessoa não pode, portanto, ser reduzida a um mero

⁴¹ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 69.

⁴² VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 31.

⁴³ Não se desconhece, contudo, que, no decorrer do desenvolvimento da teoria jurídica, os conceitos de pessoa e sujeito de direitos foram sendo concebidos e refinados, ora como realidades distintas, ora como uma mesma realidade, com resultados distintos, ora positivos, ora negativos. Assim, ‘os deslizamentos conceituais que a construção dessas noções implicou, operando a sobreposição do termo “sujeito” à palavra “pessoa”, tiveram como bônus a universalização do conceito de sujeito (conduzindo, por exemplo, ao princípio da igualdade de todos os sujeitos perante a lei e às Declarações Universais de Direitos Humanos) e, como ônus, a fragmentação entre a noção técnico-positiva e a realidade ontológica e social da pessoa. Essa fragmentação foi conseqüente à circunstância de se retirar da conseqüência (ter direitos) a causa – o ser pessoa – bem como do fato de se esconder, sob a capa formal, a efetiva desigualdade de poderes, de condições e de características das pessoas na ordem social. Ocorre que a ficção jurídica não é ilimitada. A realidade acaba por se infiltrar nas brechas das construções mais perfeitas. “A pessoa é uma categoria incômoda”, observa Oliveira Ascensão, porque “perturba a autosuficiência do discurso técnico-jurídico”, transportando-nos “para outros planos, incompatíveis com a linearidade habitual das exposições que visam a práxis”. É uma noção incômoda porque nos obriga a lidar com a complexa realidade física, psíquica, espiritual e contingencial dos seres humanos, com a sua concreta desigualdade. Como escreveu Shakespeare, “*some are born great, some achieve greatness and some have greatness thrust upon them*”. Por detrás da ficção jurídica temos as pessoas de corpo, mente e alma e os seus interesses, patrimoniais, extrapatrimoniais e existenciais, ligados à esfera da personalidade humana, temos a sua relação consigo mesmo, no espaço da exclusividade pessoal e temos a sua interação com o os outros, a sua ação no *intermundo*” (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (orgs). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313-314).

⁴⁴ Dominique Lecourt, após discorrer sobre a concepção da pessoa, do teatro grego e romano até filosofia de John Lock, para quem pessoa é o que se entende por si mesmo, arremata, em uma concepção mais restrita e crítica que: ‘A prática jurídica não podia dispensar a noção de ‘pessoa’ para regulamentar, em bases novas, a transmissão de bens e de nomes. O Código Civil testemunhará isso, não deixando de se referir ao direito romano. Como o indivíduo, desde então concebido como ‘átomo social’, poderia aderir ativamente, na sua qualidade de cidadão, à nova ordem jurídico-política se não fosse incitado a se conservar ele próprio, de toda maneira, como autor de seu próprio papel? Era preciso que ao prelo de um batismo *filosófico* a ‘pessoa’ se tornasse ‘humana’: cortada de qualquer ligação com a transcendência divina, ela desempenhava a sua função de ordem, ligando o indivíduo cidadão, na sua qualidade de

elemento da relação jurídica, indivíduo abstrato e neutro, titular de direitos e deveres, mas, sim, deve ser compreendida como o ser humano concreto, ponto referencial de tutela do ordenamento jurídico.⁴⁵ Aqui cabe, mais uma vez, ressaltar que a Ciência do Direito utiliza, para iluminar a estrutura normativa por ele criada, o conceito de pessoa apontado pelas demais ciências, conforme exposto anteriormente, não podendo dele se desvencilhar, sob pena construir um destinatário artificial.

A ‘*pessoa*’ refere-se à totalidade do ente, em sua plenitude, em relação consigo mesmo e com o mundo que o cerca⁴⁶, abrangendo, portanto, outros âmbitos além daqueles reservados à sua constituição biológica (homem) ou às suas relações jurídicas (sujeito de direito). Evidente, portanto, que ‘*pessoa*’ vai muito além de ‘*homem*’, e antecede o ‘sujeito de direito’, devendo ser combatida qualquer perda de densidade e de amplitude dessa noção.⁴⁷

‘sujeito’, à ‘humanidade’. Ela marca na intimidade da consciência do indivíduo a presença imperativa do universal’ (LECOURT, Dominique. *Humano pós-humano: a técnica e a vida*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 88).

⁴⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13. Conforme afirmado por Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, a pessoa, na ótica do atual Código Civil brasileiro, não é o ser abstrato, desvinculado da história. Ao contrário, a pessoa ‘é a que está situada em sua concreção social e histórica, a que é perspectivada compositamente da perspectiva da subjetividade e da objetividade histórica, o ser enquanto realidade histórica e idealidade, visualizada, enfim, na incidível unidade de sua dimensão social e existencial’ (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32).

⁴⁶ Judith Martins-Costa aponta, com propriedade, que essa identificação da ‘pessoa’ como sendo mero ‘sujeito de direito’ decorre do horizonte no qual foram elaboradas as grandes codificações, que, fundadas no individualismo burguês e no capitalismo, elegiam como relevante a relação entre a pessoa e seus bens, economicamente avaliáveis. Assevera, assim, que ‘submergida a idéia de ‘pessoa’ na de ‘indivíduo’ (ao sentido ‘egoísta’ do termo) e não-visualizada a de ‘personalidade’ pela preeminência do conceito técnico de ‘capacidade’, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o ‘ser pessoa’ com o ‘ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações’. Em outras palavras, *instrumentalizou-se a personalidade humana*, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito (...)’ (MARTINS-COSTA, Judith. *Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito*. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de direito da bioética*. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 94-95).

⁴⁷ Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, enfrenta-se ‘a perda progressiva de densidade da noção, que se vai formalizando. Acompanhamo-lo na estupefacção que este evoluir provoca. É como se o espírito humano não pudesse suportar longamente a tensão provocada pelas bases metafísicas da sua existência. Logo recorre à fuga para zonas mais tranquilas, mediante o esvaziamento das noções fundamentais’ (ASCENSÃO, José de Oliveira. Prefácio à obra de GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 10). No mesmo sentido, Judith Martins Costa insurge-se contra ótica codificatória oitocentista, que, em prol da tecnicidade, promoveu a submersão da ideia de ‘pessoa’ com o ‘ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações’, asseverando que ‘Em outras palavras, *instrumentalizou-se a personalidade humana*, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito (...)’ (MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 789, ano 90, 2001, p. 21-47). Da mesma forma, Dennis Otte Lacerda assevera que o esvaziamento da noção de pessoa é resultado da carga histórica de uma educação positivista sobre

A pessoa se diferencia porque é senhor de sua própria realidade e porque possui três dimensões, em radical unidade entre elas, a saber: a dimensão relativa à ipseidade (a pessoa é ela própria e não outra, razão pela qual o conceito deve observar a individualidade de cada um, mas, também, abranger a todos), a dimensão relativa à alteridade (a pessoa não vive e não se forma só, por isso o conceito deve alcançar esse componente social) e dimensão realizacional (a pessoa tem uma vocação finalista, razão pela qual o conceito não deve diluir o individual, mas, sim, proteger suas aspirações particulares).⁴⁸

Cada pessoa é um ser único, insubstituível, responsável por seu próprio projeto vital, razão pela qual não há duas biografias semelhantes; mas a pessoa é simultânea e estruturalmente um ser coexistencial, pois não pode ser pessoa senão em relação com os outros, pelos outros e apesar dos outros, não havendo como destacá-la do contexto social em que inserida.⁴⁹

Reconhece-se um valor próprio do ser humano como pessoa, para além do sistema jurídico, e, também, um valor no sistema jurídico. Um valor ético, intrínseco e não instrumental. Pessoa é o valor-fonte de todos os valores jurídicos⁵⁰, reconhecida em sua

sucessivas gerações (LACERDA, Dennis Otte. Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 90).

⁴⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 38-60.

⁴⁹ SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. In: ADORNO, Luis el al. Daño y protección a la persona humana. Buenos Aires: La Rocca, 1993, p. 25. Ainda a respeito da relação da pessoa com a sociedade, Perlingiere afirma: ‘Non si deve concepire la persona umana isolatamente; essa non può essere tutelata soltando in sé e per sé, mas nel momento in cui vive nelle formazioni sociali che sono in sua funzione. Sotto questo profilo non é possibile essere soltanto essenza, ma anche esistenza. La tutela della persona umana si pone como “sfera” d’interpersonalità, non solamente de personalità’. (PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell’ordinamento giuridico. Camerino: Jovene, 1972, p. 135).

⁵⁰ REALE, Miguel. História do novo código civil. Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. Coord. Miguel Reale; Judith Martins Costa, São Paulo: RT, 2005, p. 43. Não se pode, contudo, deixar de anotar que há diversas críticas ao culto da pessoa. Assim, John Gray, destacando as diferentes percepções, inclusive culturais, quando à noção de pessoa, assevera: ‘A se acreditar nos humanistas, a Terra – com sua vasta riqueza de ecossistemas e formas de vida – não tinha nenhum valor até que os humanos entrassem em cena. Valor é apenas uma sombra feita pelos humanos, com seus desejos ou escolhas. Apenas *peessoas* tem algum tipo de valor intrínseco. Entre os cristãos, o culto da personalidade pode ser perdoado. Para eles, tudo de valor no mundo emana de uma pessoa divina, cuja imagem os humanos são feitos. Mas, uma vez que abramos mão do cristianismo, a própria idéia de pessoa torna-se suspeita. Uma pessoa é alguém que se acredita autor de sua vida através de suas escolhas. Não é assim que a maior parte dos humanos vive ou já viveu. Nem como se têm visto muitos dos que levam as melhores vidas. Terão os protagonistas da Odisséia e do Bhagavad-Gita pensado em si mesmos como pessoas? E os personagens de *The Canterbury Tales*? Devemos acreditar que samurais seguidores do bushido no Japão do período Edo, príncipes e menestréis na Europa medieval, cortesão na Renascença e nômades mongóis tivessem algo a menos porque suas vidas deixavam de se enquadrar num ideal moderno de autonomia pessoal? Ser uma pessoa não é a essência do que é ser um humano, mas apenas – como a história da palavra sugere – uma de suas máscaras. Pessoas são apenas humanos que assumiram a máscara transmitida à Europa durante as últimas poucas gerações e a tomaram como sua própria face.

plenitude, à qual é atribuída uma significação social e jurídica. Neste sentido, o Direito Civil não é valorativamente neutro, razão pela qual tem como princípio fundamental o reconhecimento da pessoa como ser livre, igual⁵¹, irrepitível e independente, ponto central de toda a organização social e possuidor de uma dignidade originária e própria, não se admitindo qualquer espécie de discriminação.⁵²

A ordem jurídica reconhece, portanto, a individualidade do ser humano, a sua condição de pessoa, dotada de potencialidade de autorreconhecimento e de autoconsciência, bem como de um mundo espiritual próprio.⁵³ Todavia, a significação da pessoa não deve ser compreendida como liberdade total, no sentido de que ela encerra um fim em si mesma, pois a pessoa é '*pessoa*' essencialmente em relação com o mundo que a cerca.

Em conclusão, o conceito de '*pessoa*' trabalha com duas ideias distintas, mas indissociáveis: universalidade e originalidade, ou seja, abrange aquilo que é comum a todo ser humano e, também, aquilo que o torna distinto de qualquer ser humano. Pessoa é o registro jurídico-político daquela unidade biopsicológica, dotada de consciência, transcendência e dignidade, ou seja, com existência biológica e intelectual, individual e coletiva, com uma dinâmica de evolução ao longo da vida.⁵⁴ É, ainda, o registro do ser humano colocado em sociedade (e, também, sob a égide de um sistema jurídico), razão pela qual a '*pessoa*' põe limites à satisfação do *homem*.

Finalmente, em relação ao vocábulo '*personalidade*', primeiramente cumpre consignar que ele não se refere, no contexto deste trabalho, ao particular modo de ser de um indivíduo, à sua personalidade psíquica, âmbito este da psicologia e psiquiatria.

Não se pode olvidar, entretanto, do explanado anteriormente, no sentido de que o Direito colhe os elementos da realidade humana em outras ciências. Também não se pode olvidar que, sem a personalidade psíquica não poderia a pessoa ter se elevado até a concepção

(GRAY, John. Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais. Tradução Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 74-75).

⁵¹ Observe-se que essa igualdade resulta não só do fato de o ser humano pertencer a uma mesma comunidade moral, mas, antes disso, por pertencer a uma mesma espécie, devendo, portanto, respeitar e ser solidário em relação aos demais entes, pelo simples fato de serem todos homens. Essa igualdade é ponto de partida e não de chegada e refere-se a uma verdadeira solidariedade ontológica do ser humano para com toda a evolução dos seus semelhantes. (NUNES, Rui. GeneÉtica. Coimbra: Almedina, 2013, p. 42).

⁵² VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 11.

⁵³ NUNES, Rui. GeneÉtica. Coimbra: Almedina, 2013, p. 43.

⁵⁴ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 70.

da personalidade jurídica, tampouco teria reconhecido todos os seus direitos de personalidade. A pessoa testemunha a projeção de sua personalidade psíquica na sua personalidade jurídica ou, ainda, descortina um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se e adquirindo novas qualidades.⁵⁵

Diverge-se, contudo, a respeito do conteúdo da personalidade no âmbito jurídico. Em uma concepção mais formal ou estrutural, identifica-se a personalidade com a capacidade jurídica, definindo-a como a suscetibilidade da pessoa para ser titular de direitos e obrigações na ordem jurídica. Afirma-se, ainda, que a personalidade não se identifica com os direitos e com os deveres jurídicos, antes constitui o fundamento e pressuposto daqueles.⁵⁶

Todavia, necessário ressaltar que a personalidade não se confunde com a capacidade, na medida em que aquela é qualidade, esta é quantidade. Evidentemente, a personalidade é mais ampla e antecede a capacidade. A capacidade refere-se à projeção da personalidade, traduzida em um *quantum* pelo ordenamento jurídico, razão pela qual se pode ter maior ou menor capacidade (e esta pode, inclusive, alterar-se no tempo), mas não maior ou menor personalidade.⁵⁷

Em uma concepção mais ampla, afirma-se que a personalidade, fundada na visão civil constitucional, compreende a aptidão para ser titular de direitos e, ainda, os atributos da personalidade, que permitem à pessoa reclamar uma proteção jurídica mínima, indispensável para uma vida digna. Afirma-se, assim, que personalidade é o atributo reconhecido a uma pessoa, a fim de que ela possa atuar no campo jurídico, titularizando diversas relações, bem como possa reclamar uma proteção jurídica básica, reconhecida pelos direitos da personalidade.⁵⁸

⁵⁵ BEVILÁQUA, Clovis. Teoria geral do direito civil. 2ª ed. rev. e atualiz. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 71.

⁵⁶ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 19, 21. Também no sentido de que a personalidade é pressuposto dos direitos e deveres, e com eles não se confunde: CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 142. San Tiago Dantas deixando ainda mais evidente esse aspecto estrutural da personalidade a ela se refere como a ossatura destinada a ser revestida de direitos. (DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Texto revisto com anotações e prefácio de José Gomes Bezerra Câmara. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 58).

⁵⁷ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6º ed. rev., atualiz. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255. No mesmo sentido: CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 145. Em outro contexto, embora reafirmando a totalidade da pessoa, Rui Nunes, para quem: “Na verdade, o estatuto legal de uma pessoa não admite graus”. (NUNES, Rui. Geneética. Coimbra: Almedina, 2013, p. 40).

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 144.

Assevera-se que não se pode represar a ideia de personalidade jurídica à mera potencialidade para ser sujeito de direitos, afinal é possível sê-lo, independentemente da existência daquela.⁵⁹ Por outro vértice, a personalidade não é somente um mero instrumento ou ferramenta para atuar na ordem jurídica, antes disso, a personalidade é, também, qualidade, relativa à projeção dos elementos da natureza humana, de forma dinâmica, no mundo que a circunda, fundamento e resultado da transposição do ‘*homem*’ para a condição de ‘*pessoa*’ no âmbito social e jurídico.

Por fim, em uma concepção que coloca em evidência a polissemia do vocábulo ‘*personalidade*’, afirma-se a existência de dois sentidos técnicos distintos para o seu conteúdo, ou, em outras palavras, que o vocábulo se refere a duas realidades jurídicas absolutamente distintas, quais sejam, a personalidade-aptidão (qualidade para ser sujeito de direito) e a personalidade-valor (para designar o conjunto de atributos da pessoa humana).⁶⁰ A personalidade teria, assim, um sentido subjetivo, aproximando-se da capacidade jurídica, e um sentido objetivo, referente ao conjunto de características e atributos da pessoa humana protegidas pelo ordenamento jurídico.⁶¹

Afirma-se, ainda, que possivelmente por conter uma polissemia, a noção de personalidade acabou sendo utilizada indistintamente como aptidão para ser sujeito de direito e como valor, resultando no grave equívoco de se atribuir personalidade-valor a todos os entes a quem o ordenamento confere a personalidade-aptidão, o que, na visão de parte da doutrina nacional, não se afigura correto, pois personalidade como valor é característica exclusiva da pessoa humana, atraindo, por isso mesmo, disciplina jurídica diferenciada, própria das relações jurídicas existenciais.⁶²

Não há que se confundir a personalidade do ponto de vista estrutural das relações jurídicas, com a personalidade do ponto de vista do conteúdo dos atributos relacionados à pessoa, pois, neste último sentido e conforme lição de Diogo Costa Gonçalves, pessoa é a

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 144. Consigne-se, como exemplo, inclusive, que o ordenamento jurídico reconhece a possibilidade de sujeito de direitos sem personalidade, como no caso dos condomínios, dentre outros.

⁶⁰ TEPEDINO Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 04. Rose Melo Vencelau Meireles também aponta a distinção entre a personalidade-atributo, prevista no artigo 2º do Código Civil, e a personalidade-valor, prevista no Capítulo II, do Código Civil (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 10-11).

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 06.

⁶² TEPEDINO Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 04.

resposta à pergunta ‘*o que é o homem?*’, enquanto personalidade é a resposta à pergunta ‘*quem é o homem?*’⁶³.

Observe-se, ainda, que para evitar a utilização de vocábulos idênticos para designar realidades distintas, bem como para melhor delimitar ao que está se referido quando se fala em personalidade, foram propostos, ao longo da história, diversos outros vocábulos para designar o conjunto de atributos da pessoa humana. Não se trataria, portanto, de direitos da personalidade, mas, sim, de ‘direitos da individualidade’, ‘direitos da pessoa humana’, ‘direitos personalíssimos’, ‘direitos naturais’ etc. evitando-se, assim, a ambiguidade.⁶⁴ Todavia, em virtude da consagração do termo ‘*personalidade*’ na ciência jurídica, utilizado para indicar estas duas realidades distintas, tal opção será mantida ao longo deste trabalho, não se olvidando, contudo, destes dois aspectos, com alcances distintos.

Caberia aqui, finalmente, a discussão a respeito do que é anterior: a pessoa ou a personalidade. Questiona-se, portanto, se é o fato de se reconhecer no homem a existência da pessoa que se lhe confere personalidade ou, ao contrário, se é a personalidade que funciona como o conteúdo que transportará o ‘*homem*’ à condição de ‘*pessoa*’. Nesse aspecto, conclui-se que a personalidade representa o encobrimento da individualidade do ser por trás da máscara dramática, razão pelo qual é o ser humano de carne e osso somado à sua personalidade que constitui a pessoa.⁶⁵

É certo que se diverge, ainda, a respeito da proveniência da personalidade. Questiona-se, desse modo, se a personalidade é meramente reconhecida ou concedida pelo ordenamento jurídico. A este respeito, a doutrina apresenta duas concepções: a concepção naturalista, para a qual todos os seres humanos, porque dotados de vontade, liberdade e razão, tem personalidade, sendo esta, portanto, inerente à condição humana; e a concepção formal ou jurídica, fundada no positivismo, para a qual a personalidade é atribuição ou investidura do direito.⁶⁶

⁶³ GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 64.

⁶⁴ A respeito das diversas denominações propostas e as críticas a elas feitas, confira-se: CIFUENTES, Santos. Derechos personalíssimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 192-197. Acentuando que a dificuldade do tema já se inicia pela própria denominação: BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 60, p. 105-128, out./dez. 1978, p. 106.

⁶⁵ CIFUENTES, Santos. Derechos personalíssimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 142.

⁶⁶ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6ª ed. rev., atualiz. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245-254.

Na concepção formal, a personalidade é um produto do direito positivo, e não uma realidade que este encontra pré-constituída na natureza. O ordenamento jurídico é, sob este enfoque, o árbitro na atribuição da personalidade, apontando-se, como confirmação deste fato, as limitações impostas em determinadas ocasiões, como no caso das preocupações de índole racial observadas na história ou, ainda, em relação aos nascituros.⁶⁷

Anote-se, contudo, que mesmo que o ordenamento jurídico seja o árbitro da personalidade, ele é limitado pela necessidade de um elemento natural e pela impossibilidade de prescindir da atribuição de personalidade, razão pela qual, uma vez que o ordenamento jurídico, munido dessa faculdade, tenha regulado de uma determinada forma a atribuição da personalidade, o destinatário da norma não pode alterá-la conforme a conveniência dos seus interesses.⁶⁸

Por outro vértice, na concepção natural, a personalidade resulta da qualidade de ser pessoa, qualidade que o Direito se limita a constatar e respeitar e que não pode ser atribuída, ignorada ou recusada pelo ordenamento jurídico, pois é algo que fica fora do alcance do poder de conformação do legislador.⁶⁹

Necessário, contudo, anotar que, tendo concluído anteriormente que a realidade da pessoa é anterior ao ordenamento jurídico, que somente colhe os seus elementos e os disciplina, da mesma forma é possível concluir que a personalidade humana, enquanto valor, é logicamente anterior à personalidade jurídica, ou seja, aquela serve de fundamento para a construção dessa, pois o ordenamento, mais uma vez, vai buscar em outras fontes seus alicerces, para discipliná-los, observando-se, sempre, sua intencionalidade. Indubitável, portanto, que a permanente dialética entre personalidade natural e personalidade jurídica é imprescindível para garantir autenticidade e operabilidade da Ciência Jurídica.⁷⁰

⁶⁷ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 19-20. Da mesma forma, Santos Cifuentes afirma que a personalidade é dada pelo ordenamento jurídico e não pré-existente a ele, sendo conferida a todos indistintamente, constituindo um sinal que assume um aspecto normativo formal (CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 145-147).

⁶⁸ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 20.

⁶⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 33-34.

⁷⁰ Nesse aspecto, cabe a transcrição das claras assertivas feitas por Adriano Marteleto Godinho, para quem ‘O ser humano é, pois o núcleo do ordenamento; sua personalidade lhe é imanente, não sendo senão meramente reconhecida – e não atribuída – por lei. Se não for esta a sequência lógica das coisas, corre-se o risco de se subverter gravemente as premissas e as consequências, tomando-se umas por outras. A afirmação de que cabe ao legislador estabelecer a quais seres humanos se atribuirá e a quais deles se negará a personalidade colocaria o ser humano numa posição de submissão à lei, quando o verdadeiro é o

Ultrapassada a análise desses conceitos iniciais e tendo sempre, em perspectiva, a relação entre a Ciência Jurídica e os fatos da natureza, referentes à realidade biológica, física e psicológica do ser humano, cumpre, a partir do próximo capítulo, promover o estudo dos direitos da personalidade, delimitando, primeiramente, seu âmbito de atuação e fixando as principais características relativas ao regime jurídico ao qual estão submetidos.

1.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Estabelecidos os conceitos iniciais de homem, pessoa e personalidade, cumpre, ainda antes de ingressar no objeto imediato deste trabalho, relativo ao direito ao próprio corpo, fazer uma explanação bastante breve a respeito da distinção entre direitos da personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais, para melhor delimitar a que se faz referência quando for abordada exclusivamente a primeira categoria.

A expressão ‘direitos humanos’ enfrenta diversas críticas, ao argumento de que é muito vaga e conduz a definições tautológicas, desprovidas de conteúdo ou, ainda, com um conteúdo avaliativo que pode ser interpretado de modos diversos, conforme a ideologia assumida pelo intérprete.⁷¹ Todavia, a par das críticas que lhe são dirigidas, a expressão é, em regra, utilizada para fazer referência àqueles direitos reconhecidos no plano internacional, em especial aos relacionados à dignidade, igualdade e liberdade, e tem sua origem na ideia de

oposto: compete ao ser humano, pessoa ontológica, manipular a lei, e não ser manipulado por ela’. Referido autor arremata, ainda, tal questão, ressaltando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem enuncia o reconhecimento (e não a mera atribuição) da dignidade a todas as pessoas, ideia que vai ao encontro do reconhecimento da personalidade pelo ordenamento jurídico (GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 23, 26).

⁷¹ Nesse sentido, Norberto Bobbio, para quem “(...) ‘direitos do homem’ é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas: ‘Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem’. Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: ‘Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.’ Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos; ‘Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é uma condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.’ (...). Portanto, permanece o fato de que nenhum dos três tipos de definição permite elaborar uma categoria de direitos do homem que tenha contornos nítidos.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 17-18).

uma comunidade internacional fundada a partir de laços de solidariedade e respeito mútuo entre os países e entre os seus cidadãos, a fim de buscar o desenvolvimento conjunto da humanidade.⁷²

Referidos direitos decorrem da própria natureza humana, adquirindo uma feição suprapositiva, intertemporal e universal. A expressão é utilizada, portanto, para aquelas postulações de permanente respeito às posições essenciais da pessoa, fundadas em uma concepção jusnaturalista e de índole filosófica.⁷³

Por sua vez, a expressão ‘direitos fundamentais’ está associada àqueles direitos que encontram seu suporte no plano constitucional, ou seja, àqueles que estão positivados na Constituição Federal de cada país e, por conseguinte, encontram seu âmbito de atuação especialmente no direito público. Os direitos fundamentais decorrem, assim, dos direitos reconhecidos a uma pessoa, em uma determinada ordem jurídica, frente à atuação do Estado, sendo, portanto, garantidos no tempo e no espaço, na medida em que assegurados por cada um deles.⁷⁴

Observe-se que os direitos fundamentais têm o seu desenvolvimento atrelado aos esforços para conter o Estado, evitando as ofensas deste na vida da pessoa, bem como para garantir permissões genéricas ou liberdades, possuindo, ainda, um regime específico para assegurar sua ampla efetivação, a fim de impedir que, por intermédio de leis ordinárias, o ente estatal acabe por frustrar o conteúdo da carta fundamental.⁷⁵ São direitos fundamentais, dentre outros, aqueles indicados no artigo 5º da Constituição Federal, como, por exemplo, os direitos relativos à cidadania, à ampla defesa, à liberdade religiosa e de manifestação de pensamento.⁷⁶

⁷² LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65-68.

⁷³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 2ª parte, p. 125.

⁷⁴ Neste sentido, Dennis Otte Lacerda, para quem ‘(...) se de um lado os direitos fundamentais são reconhecidos como aqueles direitos da pessoa humana positivados na esfera constitucional de um determinado Estado, os direitos humanos se ligam aos documentos de direito internacional, por reconhecerem a situação jurídica do ser humano, sem levar em conta o ordenamento jurídico ao qual ele esteja vinculado. Portanto, se os direitos fundamentais aspiram a uma validade interna, os direitos humanos aspiram a uma validade universal. Então os direitos do homem são válidos para todos os povos em todos os tempos’ (LACERDA, Dennis Otte. Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 82).

⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. Parte geral. Tomo III. Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 84-92.

⁷⁶ Observe-se, entretanto, que os direitos fundamentais e os direitos humanos não estão em planos estanques, ao contrário, mantém constante comunicação, posto que, muitas vezes, um acolhe a matriz de outro para integrar um determinado direito no rol daqueles assegurados no seu respectivo plano de

Os denominados “direitos da personalidade”, por sua vez, encontram sua fonte principal na legislação civil e, portanto, tem seu âmbito de atuação no direito privado. Referidos direitos estão associados à proteção e defesa da pessoa frente às ofensas praticadas por particulares (e, também, pelo próprio Estado, desde que destituído do *ius imperii*), como, por exemplo, o direito à integridade física, o direito ao nome, à privacidade e à imagem.⁷⁷

Forçoso reconhecer, contudo, que muitos direitos da personalidade assumem, também, uma feição pública, fazendo incidir sobre eles uma dupla proteção, ou seja, proteção contra a ofensa praticada pelo Estado e, também, proteção contra uma ofensa praticada pelo particular. Todavia, os direitos fundamentais tutelares da personalidade e os direitos civis da personalidade não possuem o mesmo conteúdo, tem destinatários distintos e regulam situações jurídicas diversas. Aqueles pressupõem uma relação de poder, ou seja, uma relação entre o indivíduo e o Estado, o qual está total, direta e imediatamente vinculado aos referidos direitos, enquanto esses pressupõem uma relação de igualdade, entre dois indivíduos, que gozam de liberdade e autonomia.⁷⁸

É certo, ainda, que a Constituição Federal promoveu a constitucionalização de diversos direitos da personalidade, lançando-os à condição de direitos fundamentais.⁷⁹ Entretanto, também é possível afirmar que, em face do reconhecimento de uma dimensão entre a pessoa e o mundo que a cerca, há uma tendência de considerar muitos direitos

atuação. Contudo, os mecanismos de implementação, proteção e sanção às eventuais ofensas são distintas nos planos internacional e nacional (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 2ª parte, p. 126).

⁷⁷ Adriano Marteleto Godinho, ao sintetizar a lição de Oliveira Ascensão, assevera que há os direitos da personalidade propriamente ditos, que compõe um patrimônio básico da pessoa; os direitos à conservação da personalidade, que estão relacionados às garantias (como a inviolabilidade do domicílio, das correspondências etc.); e, por fim, os direitos destinados à realização da personalidade, de caráter dinâmico, relacionados às liberdades (GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 65).

⁷⁸ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32-37. Afirma-se, inclusive, que o surgimento dos direitos da personalidade teve como principal objetivo a criação de novas formas de proteção que suprissem as lacunas deixadas pelos direitos fundamentais. Todavia, os direitos da personalidade não experimentaram a mesma evolução obtida pelos direitos fundamentais, que foram incorporados nos textos de diversas Constituições (LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 36, 39).

⁷⁹ Fernanda Borghetti Cantali chega a afirmar que, em face da publicização e constitucionalização do direito privado, os direitos da personalidade podem ser nomeados como direitos fundamentais da personalidade. Aponta, ainda, que os direitos da personalidade nem sempre são direitos com fundamento na lei, mas sempre são direitos com fundamento constitucional. (CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 129).

fundamentais como direitos da personalidade, revelando-se, assim, uma suavização dos contornos entre o direito público e o direito privado.⁸⁰ Os direitos da personalidade possuem, assim, uma expressão multifacetária, mas unitária.

Observe-se, ainda, que a unidade da ordem jurídica permite vislumbrar uma operação de transposição – e não de sobreposição – entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.⁸¹ Entretanto, embora reconhecidos os inúmeros pontos de convergência entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, isto não implica dizer que há entre eles correspondência absoluta ou, ainda, que houve a perda de autonomia conceitual dessas categorias, posto que cada uma delas, até o momento, tem uma função e um âmbito distinto, com meios coercitivos próprios e autônomos em cada um dos respectivos planos normativos.⁸²

Estabelecidos os conceitos e delimitados os respectivos campos, cumpre consignar que o objeto deste trabalho é promover o estudo dos direitos relacionados à personalidade e, em especial, o direito ao próprio corpo, ou seja, o direito ao próprio corpo dentro do âmbito

⁸⁰ A respeito da suavização da ‘fronteira’ entre o direito público (direcionado à proteção do cidadão contra o Estado) e direito privado (voltado à proteção ao contrato e a sublimação da autonomia da vontade), há muito Pietro Perlingieri apontou que tal fato decorre da complexidade da sociedade atual e da maior relevância atribuída aos interesses coletivos, asseverando que a tradicional diferença entre os dois ramos, que antes era qualitativa (referente à presença, ou não, da autoridade do Estado), para ser quantitativa (relativa a quanto de interesse privado e público há em cada um dos institutos jurídicos). Assevera, ainda, que tal fato é ainda mais evidente quando se refere aos direitos individuais, pois o Estado assumiu o compromisso de favorecer o pleno desenvolvimento de cada pessoa. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 54). Da mesma forma, Dennis Otte Lacerda aponta que a passagem do Estado Moderno para o Estado Social acabou por fim à dicotomia entre os âmbitos público e privado. Confira-se: “Isto porque o individualismo integrava ao arcabouço lógico da Modernidade, no qual a liberdade se apresenta como a grande possibilidade de autodeterminação do ser humano. Esse desejo, ou ainda, essa necessidade de autodeterminação se manifestou na formação de um sistema jurídico, por meio do qual a todo custo se protegesse o homem das intervenções estatais, garantindo-lhe a propriedade e a liberdade de dispor sobre seus bens. Com o advento do Estado Social, esta divisão perde razão de ser, pois do Estado agora se passa a exigir o dever de ação e não só o de garantir as regras do jogo. As duas ilhas (público e privado) são ligadas por uma ponte, e o trânsito de uma passa a fluir na outra. Tentou-se, assim, manter a dicotomia com os chamados fenômenos da publicização do privado e a privatização do público, mas o fôlego não foi suficiente e, se a concepção não se afogou na tentativa, curvou-se ao progresso de Constitucionalização do Direito (LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p.14).

⁸¹ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26.

⁸² SOUSA, Rabindranath Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 584-586. Com efeito, há alguns direitos fundamentais que, em que pese as aproximações anteriormente mencionadas, possuem feição tão singular que não podem alcançar, ainda que remotamente, a feição de um direito da personalidade, como é o caso, por exemplo, dos direitos relacionados à cidadania.

privado de atuação dos envolvidos e, para tanto, faz-se necessária a análise acerca do conteúdo de tal direito.

1.2.1 Aspectos gerais

O desenvolvimento dos direitos da personalidade, desde os primórdios até os tempos atuais, percorreu longo caminho, apresentando avanços e retrocessos conforme as mudanças sociais e políticas de cada sociedade, em cada época da história. Entretanto, este trabalho exige delimitação, razão pela qual não serão analisadas as circunstâncias históricas deste desenvolvimento, no Brasil ou no mundo, em virtude da vasta bibliografia relativa à matéria⁸³, abordando-se, tão somente, alguns aspectos necessários para a melhor compreensão do tema proposto.

O primeiro aspecto a ser observado é a anterior divergência doutrinária acerca da existência dos direitos de personalidade ou, ainda, a rejeição da ideia de tal espécie de direitos. Com efeito, no início do desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade, houve uma rejeição à afirmação da existência destes bens jurídicos.

Essa rejeição estava baseada em três argumentos distintos, mas interligados, que podem ser assim sistematizados: primeiro, a amplitude da figura torna impossível sua articulação com os demais elementos do sistema jurídico; segundo, o sujeito de direito não

⁸³ Sobre a evolução histórica dos direitos da personalidade, confira-se: CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995; PERLINGIERI, Pietro. *La personalit  umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972; LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactua o semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito Civil: parte geral*. 3ª ed. rev. e atualiz. Volume IV, *Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2011. Sobre a evolu o histórica dos direitos da personalidade no Brasil: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

pode ser, ao mesmo tempo, o objeto da própria situação jurídica de que é titular⁸⁴; e, terceiro, o direito geral de personalidade colide com a realidade ontológica do ser humano, pois o considera um absoluto, que constrói e desenvolve sua personalidade em face e contra os outros, olvidando-se, contudo, de dois elementos importantes, quais sejam, a abertura relacional e a dimensão realizacional do ser humano.⁸⁵

Em relação ao primeiro argumento, é certo que a amplitude da figura – a exemplo de diversas outras figuras jurídicas – não pode ser argumento para obstaculizar o seu reconhecimento perante o ordenamento jurídico. A referida amplitude não representa ou ocasiona o enfraquecimento do tema, mas, sim, importa no reconhecimento da realidade plúrima que é a pessoa humana e de sua máxima relevância para a ordem jurídica, razão pela qual, ao invés de afastar, antes exige o seu detalhado estudo.

Em relação ao segundo argumento, convém consignar, antes de tudo, que essa questão se encerra em um âmbito puramente técnico, que exige, para o estudo científico das fórmulas jurídicas, a completa distinção entre sujeito e objeto. Referido argumento deriva, portanto, da imposição do que se chamou de ‘alteridade’, ou seja, a autonomia dos extremos constitutivos da fórmula jurídica, exigindo-se distância conceitual entre seus elementos.⁸⁶

Tal exigência metodológica serviu, em um determinado período, de fundamento para negar estatuto científico a tais direitos, sob o argumento de que a pessoa não poderia ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de uma determinada relação jurídica. Argumentava-se que a vida e a saúde, dentre outros aspectos, não se enquadravam na categoria do ter, mas do ser,

⁸⁴ Regra geral Savigny é apontado como um negativista, ou seja, como um autor que recusou a existência dos direitos da personalidade (Nesse sentido: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18). Todavia, António Menezes de Cordeiro assevera que Savigny tão somente questionou a possibilidade dogmática dos direitos da personalidade dentro de um conceito esquemático. Afirma, entretanto, que a preocupação de Savigny deve ser interpretada dentro de suas preocupações sistematizadoras relativas à construção de direitos sobre si próprio, mas não como recusa à tutela da pessoa. (CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil: parte geral. 3ª ed. rev. e atualiz. Volume IV, Pessoas. Coimbra: Almedina, 2011, p. 52).

⁸⁵ GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 88-91.

⁸⁶ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 168-169. Entretanto, conforme ressaltado pelo mesmo autor, se for retirada a exigência desse conceito esquemático do âmbito dos direitos da personalidade, desaparece o dilema, sem que isso cause grave prejuízo à compreensão do tema.

razão pela qual eram incompatíveis com a noção de direito subjetivo, entendido aqui como o poder jurídico de uma pessoa sobre um objeto.⁸⁷

Outra vertente apontou a identidade entre sujeito e objeto, mas desenvolveu teoria segundo a qual os direitos da personalidade seriam direitos sobre a própria pessoa, teoria esta posteriormente rechaçada, pois a ‘não-externalidade’ do objeto dos direitos da personalidade não significa ‘identidade’, ou seja, o modo de ser de uma pessoa não é a mesma coisa que a pessoa.⁸⁸ Com efeito, a não externalidade do objeto do direito da personalidade não significa a identidade entre ele e o sujeito. Isto porque os diversos modos de ser de uma pessoa ou, ainda, os diversos planos de exteriorização desse modo de ser, não são a mesma coisa que a pessoa.⁸⁹

Por fim, embora a exigência de absoluta distinção entre sujeito e objeto não fosse imprescindível para a compreensão do tema, uma terceira vertente, ao invés de negar a existência dos direitos da personalidade, trilhou caminho distinto, a fim de conseguir estudar o tema dentro daquele conceito esquemático, elegendo um objeto que, embora não fosse exterior à pessoa, não poderia ser com ela confundido. Identificou o objeto dos direitos da personalidade como os modos de ser físicos ou morais da pessoa, os atributos ou manifestações essenciais da personalidade, os atributos elevados à categoria de bens jurídicos, as qualidades físicas ou morais individualizadas pelo ordenamento jurídico ou, ainda, as demais pessoas obrigadas a respeitar a personalidade de outrem.⁹⁰

Os estudos desenvolvidos ao longo das últimas décadas rejeitaram as teorias negativistas, pois eles evidenciaram que a personalidade pode ser considerada sob o aspecto subjetivo, identificando-se com a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações (personalidade/aptidão - ponto de vista estrutural das relações jurídicas), e sob o aspecto objetivo, como sendo o conjunto de atributos da pessoa humana (personalidade/valor - ponto de vista relativo ao conteúdo material dos direitos da personalidade), razão pela qual, nesta

⁸⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41-42.

⁸⁸ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 29-31.

⁸⁹ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28.

⁹⁰ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 170. Observe-se, ainda, que o desenvolvimento da idéia dos direitos da personalidade foi enriquecido pelo tratamento dogmático alcançado pelo direito sobre bens imateriais, que impôs a ampliação da noção de direitos subjetivos (antes limitado ao poder de uma pessoa sobre uma coisa) para alcançar bens outros bens, ainda que incorpóreos. (LACERDA, Dennis Otte. Os direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 30).

última formulação, constituem bens jurídicos em si mesmos e, portanto, devem ser protegidos pela ordem jurídica.⁹¹

Em relação ao terceiro argumento, é certo que, por determinado ângulo, os direitos da personalidade consideram que o ser humano constrói e desenvolve sua personalidade em face e contra os outros, mas isto não significa dizer que, por outro ângulo, que referidos direitos não observem, também, a dimensão realizacional do ser humano, suas inter-relações com os demais seres. São dois aspectos indissociáveis, pois somente na presença de outra pessoa (e essa presença é justamente a causa de sua valoração pelo ordenamento jurídico) é possível a concepção dos direitos da personalidade.

O caráter não absoluto dos direitos da personalidade, no que se refere à sua imposição em face de outrem, será melhor analisado quando forem abordadas as características destes direitos, mas não é demais ressaltar que o princípio constitucional da dignidade humana funciona como vetor para o exercício desses direitos, pelos diversos titulares, em suas múltiplas e complexas relações jurídicas, observando, desta forma, a dimensão realizacional do ser humano.

O segundo aspecto a ser observado é estritamente de cunho finalístico, pois não é exercício inútil questionar o motivo pelo qual foi construída uma teoria relativa aos direitos da personalidade, ou, em última instância, questionar para que servem os assim denominados direitos da personalidade.

A Ciência Jurídica está inserida em um contexto cultural, social e político, ou seja, está, indubitavelmente, relacionada à experiência humana e, conforme exposto anteriormente, ela possui intencionalidade e, ainda, está direcionada a obter operacionalidade, qual seja, a de regular de forma eficiente as relações jurídicas.

A construção da identidade, como uma tarefa a ser realizada, inúmeras vezes - e não em um único ato -, ambivalente e eternamente pendente⁹², exige a manutenção de diversas relações jurídicas ao longo da vida do ser humano, cada qual com sua especificidade, mas

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27.

⁹² Bauman, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 20-21. Referido autor assevera ainda que a “identidade” só nos é revelada como algo a ser inventado, e não descoberto; como alvo e um esforço, ‘um objetivo’; como uma coisa que ainda se precisa construir a partir do zero ou escolher entre alternativas e então lutar por ela e protegê-la lutando ainda mais – mesmo que, para que essa luta seja vitoriosa, a verdade sobre a condição precária e eternamente inconclusa da identidade deva ser, e tenda a ser, suprimida e laboriosamente ocultada” (Bauman, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 21-22).

todas orientadas à finalidade de permitir a revelação daquilo mais intrinsecamente relacionado à natureza humana.

Forçoso reconhecer, portanto, que os direitos da personalidade não são o resultado de um exercício retórico, ao contrário, são o resultado da constatação acerca da necessidade de erigir-se um arcabouço normativo apto a proteger e, mais que isso, apto a desenvolver a potencialidade humana e permitir a qualquer pessoa a construção de sua identidade, por intermédio de um projeto de vida único e irrepetível.

O terceiro aspecto a ser pontuado é o grande impacto que a Constituição Federal de 1988 representou para os direitos da personalidade, pois erigiu a dignidade da pessoa humana como princípio primeiro da República Federativa do Brasil. Provocou, ainda, a denominada repersonalização de todo o direito privado, abandonando a visão patrimonialista em prol da proteção da pessoa humana. Inaugurou, assim, uma nova ordem jurídica, fundada na colocação da pessoa como centro de interesse da tutela jurídica, com grande reflexo para todos os âmbitos normativos.

Não se pode, entretanto, deixar de observar a sua condição de relativa novidade no ordenamento jurídico brasileiro, em sede ordinária. Isto porque o Código Civil de 1916, que vigeu por mais de 80 anos, não previu expressamente os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002 tratou com certa limitação tais institutos, dedicando-lhe apenas um capítulo, que não representa, contudo, o estágio de desenvolvimento que já havia sido alcançado pela doutrina existente à época de sua entrada em vigor, que estava em uma fase de muito melhor elaboração.⁹³

Conjugados, todos estes fatores - a timidez legislativa em sede ordinária, a repersonalização do direito privado e a amplitude do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana - permitem um vasto âmbito de atuação das pessoas, no que se refere ao exercício dos seus direitos da personalidade, mas, também, exigem redobrados esforços

⁹³ Não se pode olvidar que o Código Civil de 2002 estava assentado em projeto elaborado na década de setenta, razão pela qual não incorporou os avanços experimentados pela ordem jurídica brasileira no período anterior à sua publicação, em especial com o advento da nova Constituição Federal, frustrando, assim, ainda que parcialmente, o pleno desenvolvimento da matéria. Diversos são os projetos de lei em tramitação, para alterá-lo, muitos deles apresentando avanços, mas, também, impropriedades já apontadas pela doutrina nacional. A este respeito, confira-se: SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 178-201. Também apontando a falta de evolução metodológica, do Código Civil, no tratamento da matéria, confira-se: DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 6, jun. de 2005, p. 96.

doutrinários para o correto enfrentamento da matéria, em constante e infinito processo de evolução e transformação.

Ultrapassados estes aspectos iniciais, necessário, neste momento, delimitar o conteúdo do direito da personalidade, partindo, portanto, do seu conceito, a fim de melhor compreendê-lo.

1.2.2 Conceito

Em primeiro lugar, cumpre consignar, mais uma vez, que os direitos da personalidade não guardam relação com o conceito técnico-formal de personalidade jurídica, exposto anteriormente, porque independe da capacidade da pessoa ou de sua condição de sujeito de direito. Ao contrário disso, os direitos da personalidade dizem respeito à condição de pessoa humana e, portanto, guardam relação com a construção de sua individualidade.

Ressalte-se que, se a personalidade jurídica (do ponto de vista estrutural da relação jurídica) garante a *igualdade* formal entre as pessoas, os direitos da personalidade garantem a *individualidade* de cada pessoa em face dos demais, permitindo, seu pleno desenvolvimento, observando-se os seus diversos planos representacionais no seio da sociedade.⁹⁴

O Direito está invariavelmente localizado em sociedade e suas soluções jurídicas são sempre condizentes em relação a um dado ambiente.⁹⁵ Não é por outra razão, portanto, que os denominados '*direitos da personalidade*' também estão sujeitos a distintas manifestações e interpretações nas sociedades, submetidos a uma série de circunstâncias variáveis, em virtude

⁹⁴ Observe-se, mais uma vez, que a personalidade, do ponto de vista estrutural da relação jurídica, tem origem na construção de um sistema normativo calcado no individualismo, que considerava a pessoa como entidade abstrata, alheia ao meio social, identificando-a como o 'sujeito de direito'. (LACERDA, Dennis Otte. Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 19).

⁹⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. Cultura Jurídica Européia, Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 21. Nas palavras do referido autor '(...) o direito existe sempre (situado, localizado) "em sociedade" e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, económicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou *ambiente*). São, neste sentido, sempre *locais* (...)'

da multiplicidade de culturas e valores, motivo pelo qual terminam por sofrer modificações substanciais no tempo e no espaço.⁹⁶

Os direitos da personalidade estão, portanto, em permanente processo de construção e desenvolvimento, sendo impossível delimitar, de modo definitivo, seu conteúdo e contornos. Ademais, em face de suas diversas manifestações, eles carecem de estruturação doutrinária que permita sua redução a uma figura unitária estática, o que acarreta, conseqüentemente, na dificuldade de estabelecer seu conceito, natureza, caracteres e classificação.⁹⁷

Indubitável, ainda, que muitas das dificuldades de conceituação também advêm da preocupação do problema anteriormente apontado, relativo à alteridade da relação jurídica, ou seja, da preocupação em buscar um objeto de direito que seja externo ao sujeito, e da tentativa de se utilizar o modelo dos direitos subjetivos patrimoniais. Isto conduz ao acolhimento da assertiva de que a definição do direito de personalidade exige o alargamento do conceito jurídico de bem, com significado diverso daquele utilizado pela Economia, pois toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, constitui um bem, podendo figurar como objeto da relação jurídica, porque sua noção é histórica, e não naturalística.⁹⁸

Entretanto, é necessária, antes de qualquer outra questão, fazer a crítica da concepção da proteção dos direitos da personalidade aos moldes do direito de propriedade, pois eles não podem ser enquadrados como um bem no sentido econômico, tampouco como direito real ou pessoal, mas, sim, como bem jurídico, motivo pelo qual devem ser protegidos com fundamento no princípio de uma dignidade inviolável.

Convém consignar, ainda, que, após uma breve investigação conceitual, é possível observar que as opiniões doutrinárias convergem no sentido de que os direitos da personalidade compõem o conjunto de qualidades ou atributos intrínsecos da pessoa humana,

⁹⁶ Conforme exposto por Bruno Miragem: 'A identificação de quais os atributos serão merecedores dessa proteção jurídica, igualmente, deve ser vislumbrada sob a mesma perspectiva, essencialmente flexível. Assim é que a consideração individual e social em razão de determinados objetos e, no caso, acerca de atributos intrínsecos da pessoa humana, submete-se a uma série de circunstâncias variáveis, pertencendo ao mundo da cultura. Por isso terminam por sofrer modificações substanciais no tempo e no espaço'. (MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 130).

⁹⁷ GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa, set./96, p. 40.

⁹⁸ GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa, setembro de 1996, p. 41.

um amálgama de características constituído pelas suas diversas projeções físicas ou psíquicas protegidas pelo ordenamento jurídico.⁹⁹

A pessoa ‘é’, mas, também, ‘*compõe-se*’, razão pela qual o objeto dos direitos da personalidade são as manifestações físicas ou espirituais de uma pessoa, objetivadas pelo ordenamento e elevadas à categoria de bens jurídicos¹⁰⁰, manifestações essas que constituem a pessoa humana e são dela indissociáveis. Ressalte-se que o reconhecimento destes bens jurídicos possui uma dupla dimensão, pois os atributos da personalidade servem tanto à afirmação de uma pessoa em relação ao mundo externo quanto à preservação desta pessoa em relação a este mesmo mundo, garantindo-lhe individualidade e integridade.

Saliente-se, ainda, a divergência doutrinária existente entre a afirmação de um direito geral de personalidade ou, ao contrário, de uma pluralidade de direitos de personalidade, sendo que, em relação a esta última vertente, diverge-se, também, acerca de uma série normativa fechada (tipicidade dos direitos da personalidade) ou uma série normativa aberta de direitos (ou seja, a atipicidade dos direitos da personalidade).¹⁰¹

A favor da afirmação de um único direito geral de personalidade argumenta-se que a pessoa possui uma única personalidade e, portanto, existe somente um único direito a ela relativo e não vários e distintos direitos da personalidade.¹⁰² Alega-se que a ampliação demasiada do tema ocasiona o enfraquecimento do seu conteúdo, convertendo-o em meras proclamações vazias; que a desmesurada extensão do seu conteúdo pode surpreender terceiros

⁹⁹ Nas palavras de Jorge Miranda, os direitos da personalidade são ‘posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições especiais ao seu ser e dever (...); tem por objeto não algo exterior ao sujeito, mas os modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 58).

¹⁰⁰ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 173, 175. Diversas são as concepções dos direitos da personalidade na doutrina jurídica portuguesa, considerando-se, desse modo, ‘(a) aspectos imediatos da exigência de integração do homem (Gomes da Silva); (b) condições essenciais a seu ser e devir (Orlando Carvalho); (c) reveladores do conteúdo necessário da personalidade (Paulo Cunha); (d) emanções da personalidade humana em si (Oliveira Ascensão); (e) direitos sobre outrem de exigir o respeito da própria personalidade (Adriano Vaz Serra); (f) direitos que têm por objeto não um elemento exterior ao sujeito, mas modos de ser da pessoa (Carlos Mota Pinto) ou bens da personalidade física, moral e jurídica (Carvalho Fernandes) ou manifestações parcelares da personalidade humana (Rabinadrath Capelo de Sousa) ou a defesa da própria dignidade (Pedro Pais de Vasconcelos)’ (MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13).

¹⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 154.

¹⁰² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 122.

e, conseqüentemente, causar insegurança jurídica; e, finalmente, que o tratamento parcelar das expressões da personalidade pode acabar por limitá-la ou causar restrição recíproca, colocando, no mesmo plano, direitos com importâncias distintas. Tal concepção conclui, portanto, que a consagração de um direito geral de personalidade melhor atende aos anseios de ampla manifestação da pessoa.¹⁰³

Por outro vértice, a favor da concepção de que os direitos da personalidade são múltiplos e típicos, argumenta-se que tal entendimento traz maior segurança jurídica e maior densidade normativa, pois só há que se falar em proteção em relação àquelas hipóteses expressamente previstas na lei ordinária ou, ainda, na Constituição Federal. Referido posicionamento ocasiona, entretanto, graves conseqüências em caso de omissão legislativa a alguma forma de manifestação da personalidade.

Por fim, a favor da concepção de que os direitos da personalidade compõem uma série normativa aberta, aponta-se que ela torna possível estender a tutela para outras situações atípicas, não expressamente previstas em algum diploma legal, com fundamento na cláusula geral de tutela da pessoa humana¹⁰⁴, impedindo, assim, que situações importantes, relativas ao modo de ser de uma pessoa, fiquem ao largo do sistema jurídico em virtude de alguma deficiência da técnica jurídica ou, ainda, em virtude da não consolidação, no texto legal, de direitos da personalidade já amplamente reconhecidos pela sociedade.

Com efeito, o fato de a pessoa ter uma única personalidade não impede o reconhecimento de que ela possui diversas formas de se colocar e de se manifestar no mundo e que cada uma destas manifestações tem uma estrutura e configuração própria, embora todas se destinem a uma mesma finalidade (a construção da individualidade e do projeto de vida pessoal) e possam ser reunidas em um conjunto dotado das mesmas características (que serão abordadas na seqüência deste trabalho). Todos os direitos da personalidade são componentes

¹⁰³ MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18. Ainda a este respeito: MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 29-30. Referido autor aponta, ainda, a adoção, por parte da doutrina jurídica portuguesa, de um modelo alternativo, consistente na delimitação de novos direitos parcelares da personalidade, todos derivados do direito geral de personalidade, que atuaria como princípio e não como 'superdireito', afastando-se, assim, concepções parciais ou decorrentes da emoção do caso concreto.

¹⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 154-155. No mesmo sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180.

da pessoa e se submetem a um tratamento fundamentalmente unitário, o que não impede algumas especificações.¹⁰⁵

Considerando que são inúmeros os modos de ser da pessoa e, também, inúmeros os tipos de lesões a esses modos de ser, é necessário conferir-lhe uma ampla proteção. Forçoso reconhecer, portanto, que nenhuma previsão normativa poderia exaurir todas as formas de manifestação física e espiritual da pessoa, que, com a progressão da história, surgem, alteram-se e modificam-se, exigindo, de imediato, a consequente valoração jurídica.¹⁰⁶

Desta feita, o reconhecimento da existência dos direitos da personalidade, a par de não impedir a previsão de algumas destas expressões de forma típica no ordenamento jurídico, também não impede a integral tutela desse valor.¹⁰⁷ A proteção integral aos direitos da personalidade – e o repúdio às suas violações – pode ser extraída diretamente do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que assevera o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente de expressa previsão normativa. Observe-se que seria

¹⁰⁵ Pietro Perlingieri, após questionar se a tutela da pessoa humana deve ser fracionada em diversas *fattispecie* ou deve ser considerada como um problema unitário, conclui que o problema é unitário, pois a pessoa humana é valor que não pode ser cindido, em especial em virtude da cláusula geral de proteção anteriormente referida. Afirmo, contudo, que isto não impede que, para um melhor estudo e aprofundamento da exposição do tema, se faça uma análise das várias hipóteses normativas típicas e, também, das atípicas, relativas aos direitos da personalidade. Ressalta, assim, que o valor da pessoa humana não somente é unitário, como, também, dinâmico e elástico, permitindo, assim, a tutela também das situações não tipicamente previstas na legislação ordinária. (PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell'ordinamento giuridico. Camerino: Jovene, 1972, p. 67, 174). Cumpre advertir, contudo, que não se pode, a pretexto de estar se fazendo a defesa de um direito da personalidade, colocar toda e qualquer pretensão do indivíduo ao abrigo deste corpo de normas, devendo, sempre, ser observada a característica do direito em discussão, a fim de perquirir se, efetivamente, se trata de um direito desta espécie ou, ao contrário, de outro direito subjetivo não relacionado à tutela da personalidade.

¹⁰⁶ Defende-se, ainda, uma espécie de direito-quadro, que possibilite abranger situações não prévia e expressamente reguladas em tipos legais específicos. Desta forma, a partir de uma determinada lesão a uma manifestação da personalidade, se tentaria enquadrá-la em uma previsão normativa e, não havendo previsão, recorrer-se-ia ao direito geral da personalidade. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17. Necessário consignar, contudo, que Antonio Menezes Cordeiro assevera que a ideia de direito-quadro já não exprime uma permissão específica para o aproveitamento de um bem e traz dificuldades para estabelecer-se o regime aplicável, em virtude das preocupações de concretização e de ponderação de valores, que pouco tem a ver com o regime dos direitos subjetivos (CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil: parte geral. 3ª ed. rev. e atualiz. Volume IV, pessoas. Coimbra: Almedina, 2011, p. 65).

¹⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 156. Nas palavras de Carlos Fernández Sessarego: ‘Sin embargo, del hecho de que de lá persona debe ser unitária e integralmente tutelada, no deriva el que se le reconozca la existência de um solo derecho. La exigência de esta tutela unitária e integral no impide que el ordenamiento, conforme la doctrina y la jurisprudência vayan identificando singulares intereses existenciales dignos de tutela, lês brinde su reconocimiento normativo mediante la creación de sendos derechos subjetivos’. (SESSAREGO, Carlos Fernandez. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 238). Observe-se, contudo, que a tipificação auxilia a conferir maior densidade aos direitos da personalidade, bem como solidificar sua estrutura e delimitar seu exato conteúdo.

contraditório a Constituição Federal prever a ampla proteção à dignidade da pessoa humana e depois o ordenamento jurídico estabelecer que esta proteção está adstrita às manifestações da personalidade expressamente tipificadas na legislação.

O artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, por sua vez, afirma que os direitos e garantias previstos no texto fundamental não excluem outros que venham a ser posteriormente reconhecidos, razão pela qual se conclui que, no Brasil, os direitos da personalidade compõem uma série aberta, cabendo à doutrina e à jurisprudência dar-lhes a extensão consentânea com o momento vivenciado pela sociedade.

A ordem jurídica brasileira elencou expressamente alguns direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito ao nome e ao pseudônimo, o direito à integridade física, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade. Isto não impede, entretanto, que a partir do desenvolvimento da própria sociedade e, também, da doutrina e da jurisprudência, ocorra o reconhecimento de outros tantos direitos da personalidade, que não aqueles expressamente previstos no texto legal.¹⁰⁸ Isto porque não se pode prever de antemão quais serão os direitos da personalidade que serão imprescindíveis para a proteção da pessoa em tempos de crescente complexidade da sociedade, fruto da mudança dos costumes e das inovações tecnológicas.

Em síntese, é possível afirmar que a pessoa é uma multiplicidade de matizes que compõem uma unidade e, portanto, sua tutela é feita de forma integral e totalizante.¹⁰⁹ Por outro lado, nada impede que, por questões metodológicas, o estudo dos vários planos de representação da pessoa seja feito de forma compartimentalizada, para melhor aprofundamento e compreensão da matéria, sem que, com isso, esses vários compartimentos

¹⁰⁸ Assim, 'Em certa medida, o direito geral permitiria que, como passar do tempo e por efeito da experiência humana ou da apreciação de casos específicos pelos tribunais, pudesse o legislador instituir novos direitos em espécie, decalcando-os do direito geral da personalidade'. (MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17-18). Cite-se, como exemplo de um direito da personalidade não previsto expressamente no Código Civil, mas já reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileira, o direito à identidade pessoal, que veda a imputação falsa de uma certa característica à determinada pessoa, ainda que tal característica não seja, em tese, desonrosa (SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo, Atlas, 2011, p. 15 e SWZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 189).

¹⁰⁹ Como ressaltado por Danilo Doneda, um tratamento diferenciado dos diversos direitos da personalidade não deve induzir ao pensamento de que a proteção da pessoa humana seja realizada de forma fragmentada. Ao contrário, somente por intermédio do estudo diferenciado das características de cada grupo é possível chegar a uma tutela eficaz para cada caso, promovendo a proteção da personalidade como valor máximo do ordenamento jurídico (DONEDA, DANILO. Os direitos da personalidade no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 6, jun. de 2005, p. 82).

deixem de dialogar entre si ou, ainda, que, posteriormente, com o desenvolvimento da sociedade e da ciência jurídica, se reconheçam outros aspectos inerentes à pessoa humana.

1.2.3 Características

Primeiramente, cumpre anotar que os direitos da personalidade constituem categoria distinta das formas tradicionais do direito e o que lhes confere essa distinção são justamente suas características próprias, permitindo sua diferenciação daqueles outros direitos previstos no ordenamento jurídico, fato que acarreta, conseqüentemente, na necessidade de se construir um regime jurídico de proteção próprio e distinto, que possua os instrumentos adequados para tal finalidade.

Diversas características são usualmente atribuídas aos direitos da personalidade, características essas que, longe de representarem um mero exercício de sistematização e classificação, tem o condão de permitir a compreensão do alcance, limites e vedações em relação a tal tema. A sistematização de tais características também possibilita o adequado estudo do exercício destes direitos, não somente nas hipóteses de um direito da personalidade expressamente previsto pelo legislador, mas, principalmente, naquelas hipóteses que a legislação é omissa e, por isso, faz-se imprescindível a hermenêutica jurídica, com o recurso às características gerais do instituto, a fim de consolidar e sedimentar um determinado entendimento e solucionar um conflito.

Todavia, antes de serem apontadas as principais características dos direitos da personalidade, é necessário chamar a atenção para três aspectos importantes em relação à matéria. Em primeiro lugar, cumpre consignar que sendo vários os direitos da personalidade, com estruturas e modos de exercício distintos - pois infinitas as possibilidades de manifestação da personalidade da pessoa humana - é certo que foram, também, elencadas diversas características a fim de melhor compreender estes bens jurídicos e, por vezes, há divergências a respeito destes catálogos de características. Entretanto, o núcleo destas classificações permanece imutável, não havendo grandes divergências em relação ao que

efetivamente contribui para que um determinado direito seja reconhecido como sendo um direito da personalidade.

Em segundo lugar, importante ressaltar que outros direitos podem compartilhar de uma ou algumas das características apontadas e, ainda assim, não ser um direito da personalidade. Somente a presença de todas estas características, bem como o conteúdo do bem jurídico em questão, relacionado à construção da identidade da pessoa, é que permitirá conceituá-lo como um autêntico direito da personalidade.

Em terceiro lugar, também é imprescindível anotar que as classificações que restaram sedimentadas na doutrina clássica da matéria adotaram, por muitas vezes, uma metodologia antes utilizada para a classificação dos direitos de propriedade, conferindo um viés patrimonialista a estes direitos, olvidando-se que eles não se enquadram na categoria do ‘*ter*’, pois são bens jurídicos relativos à subjetividade humana. Não é demais ressaltar, entretanto, que os direitos da personalidade não são direitos reais e não são admissíveis direitos de personalidade sobre a pessoa de outrem¹¹⁰, razão pela qual não se deve estudar estas classificações da mesma forma como se estuda as classificações dos direitos de propriedade, sendo indubitável que o enfoque, neste assunto, deve ser despido de qualquer conotação relativa à propriedade.

É certo, ainda, que poderia ser desenvolvida uma nova terminologia para a classificação das características dos direitos da personalidade, com o fim precípuo de evitar o paralelismo com as características dos direitos de propriedade. Entretanto, em virtude da consagração dos vocábulos que serão posteriormente explicitados, fruto de um longo processo de sedimentação da matéria, a tarefa se tornaria, talvez, de pouco alcance prático. Ressalte-se, contudo, que o fato de eventualmente serem adotados os mesmos vocábulos para a exposição das características dos direitos da propriedade e da personalidade não afasta o dever de observar que eles possuem conotações distintas em cada um desses âmbitos, respeitadas as distintas espécies de direitos, conforme será observado no seguimento deste trabalho.

Observadas estas premissas iniciais, cumpre neste momento analisar as principais características atribuídas aos direitos da personalidade, sempre se atentando para sua finalidade precípua, qual seja, permitir a construção de um projeto de vida pessoal e

¹¹⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 412.

possibilitar a manifestação da individualidade de cada ser humano perante o grupo social. Ressalte-se, ainda, que dentre as características abaixo indicadas, somente duas delas foram expressamente introduzidas no Código Civil Brasileiro, quais sejam, aquelas relacionadas à intransmissibilidade e irrenunciabilidade, conforme se depreende do seu artigo 11.¹¹¹ As demais características, embora não estejam expressamente indicadas na lei, são delineadas na doutrina e encontram forte acolhimento no sistema jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, aponta-se que os direitos da personalidade são direitos universais, pois são reconhecidos indistintamente em favor de todas as pessoas, única e exclusivamente pelo fato de serem pessoas, não sendo lícito lhes recusar essa condição. Os direitos da personalidade não estão atrelados a uma determinada categoria de pessoas ou a um determinado *status* social. Esta característica resulta do longo processo histórico que pôs fim à distinção entre as pessoas em virtude de sua condição política, social ou econômica, processo que permitia, em épocas distintas, a diferenciação entre estrangeiros, cidadãos, homens livres, escravos, dentre outros. Suprimiu-se qualquer possibilidade de negar o exercício dos direitos da personalidade a uma pessoa, independentemente de sua origem ou estado social, político ou econômico.

São direitos inatos, pois são conaturais à pessoa, independentemente de qualquer condição ou termo, simplesmente pelo fato de o indivíduo ser pessoa, não estando prevista sua aquisição – parcelar ou integral – em etapas posteriores. Cumpre consignar que há divergência a respeito da atribuição desta característica aos direitos da personalidade, ao argumento de que alguns dos direitos da personalidade dependem de algum pressuposto fático posterior ao surgimento da pessoa, o que levaria à conclusão de que há direitos da personalidade que não ostentam tal característica¹¹², ou, ainda, que há direitos que não são verdadeiramente direitos da personalidade, embora usualmente indicados como tal.¹¹³

¹¹¹ Confira-se: ‘Art. 11: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária’.

¹¹² Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa assevera que não são todos os direitos tradicionalmente elencados como direitos da personalidade que possuem este caráter, como, por exemplo, o direito moral do autor, que exige, para o seu nascimento, a produção de uma obra. É certo, ainda, que referido autor, após fazer a crítica entre a distinção entre direitos originários e direitos adquiridos, oriunda da escola de direito natural, na sua luta contra o despotismo e o totalitarismo, assevera que, apesar de tal distinção por vezes não ser compatível com um sistema normativista, teve ‘o mérito de radicar os direitos da personalidade na pessoa do respectivo titular, fundamentando-os ab intrinseco e desse modo conferindo-lhes certa inderrogabilidade perante a lei.’ (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 416-417).

¹¹³ Santos Cifuentes assevera que os ora denominados direitos inatos foram adquiridos após muitas lutas e, uma vez adquiridos, se converteram no patrimônio do homem atual, da mesma forma que as características atuais da nossa espécie, agora reputadas inatas, são resultado da evolução de nossos

Em que pese a apontada divergência, é certo, entretanto, que os direitos da personalidade são inatos, pois atribuídos a todas as pessoas, indistintamente.¹¹⁴ O fato de que alguns destes direitos somente venham a ser efetivamente exercidos após a existência de um pressuposto fático – e não jurídico – não lhe retira essa característica, tampouco permite que o sistema normativo postergue o seu reconhecimento assim que verificado o cumprimento daquele pressuposto fático.

Os direitos da personalidade são, também, direitos essenciais, pois, conforme observado anteriormente, a pessoa não é mera criação legislativa, mas, sim, o reconhecimento, feito pela lei, acerca dessa realidade e da essencialidade de seus atributos, a fim de dotá-la de operatividade. Recusar-lhe os direitos da personalidade é transformá-la em um objeto, reduzi-la a uma susceptibilidade completamente irrealizada¹¹⁵, ou seja, a pessoa deixaria de ser pessoa e restaria reduzida à condição de homem, mera unidade biológica, e restaria impossível a realização do seu projeto de vida individual.¹¹⁶

Os direitos da personalidade são direitos inerentes em virtude da inseparabilidade entre a pessoa e sua personalidade, resultando, também, na sua intransmissibilidade.¹¹⁷ São

antepassados. Ressalta, contudo, que alguns direitos não surgem com o mero nascimento da pessoa, pois exigem certas circunstâncias de fato, como, por exemplo, o direito moral do autor. Afirma, ainda, que essa característica poderia ser retirada do rol de características que são usualmente atribuídas aos direitos da personalidade, o que permitiria a existência de direitos da personalidade condicionados. Aponta, entretanto, que deve ser realmente colocado em dúvida é se estes direitos que não surgem juntamente com a pessoa são verdadeiros direitos personalíssimos (CIFUENTES, Santos. Derechos personalíssimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 179).

¹¹⁴ Da mesma forma, Adriano de Cupis, após negar tal característica aos direitos da personalidade, apontando que tal concepção tem origem histórica, fruto da escola do direito natural, frente aos abusos do Estado, ressalta que atualmente foi conferida força jurídico-positiva a tais direitos, atribuindo-os a todos os indivíduos, pelo simples fato de possuírem personalidade, razão pela qual, neste sentido, são direitos inatos (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 25-27).

¹¹⁵ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 24.

¹¹⁶ CIFUENTES, Santos. Derechos personalíssimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 181. Cumpre consignar, entretanto, que a respeito da essencialidade também há divergência em relação ao direito moral do autor. Com efeito, conforme afirmado anteriormente, o direito moral do autor exige, para o seu surgimento, a produção de uma obra. Desta forma, questiona-se se haveria, nesse caso, uma essencialidade atenuada. Adriano de Cupis acena que se trata de direito essencial, pois o direito é incapaz de destacar-se do responsável pela criação. Ressalta, contudo, que não se trata de um direito inato, pois surge somente após o ato de criação intelectual (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 27, 337).

¹¹⁷ CIFUENTES, Santos. Derechos personalíssimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 183. Referido autor ressalta, ainda, que muitos outros direitos são inerentes, embora não o sejam direitos da personalidade, como, por exemplo, alguns direitos de família. Assevera, assim, que basta, para ser inerente, que o direito profira sua transmissão por ato *inter vivos* ou *mortis causa*. Todavia, embora o qualificativo de inerente não seja privativo dos direitos da personalidade, contribui para distingui-lo de outros direitos, quando unido às demais características. (CIFUENTES, Santos. Derechos personalíssimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 183-184).

inerentes por dois aspectos distintos desta apontada inseparabilidade. Em primeiro lugar, porque os direitos de personalidade ligam uma pessoa a um bem (bem da personalidade) que lhe diz respeito exclusivamente, o qual nasce e extingue-se com ela, tratando-se, portanto, de realidades dinâmicas, que acompanham seus titulares desde o nascimento até a morte. Em segundo lugar, porque o objeto dos direitos da personalidade não pode ser alterado ou substituído por outro¹¹⁸ e não há direitos da personalidade sobre outrem.

Os direitos da personalidade são vitalícios, pois acompanham todo o ciclo vital e não podem faltar em nenhum instante da vida humana, pois incidíveis da pessoa.¹¹⁹ Observe-se que a morte faz com que os direitos da personalidade se extingam (como, por exemplo, obviamente, o direito à vida) ou, ainda, sofram profundas mutações (como, por exemplo, o direito à honra ou o direito moral do autor), adotando regime especial, funcionalizado em razão dos presumíveis interesses pessoais do falecido, a ser exercido por aqueles a quem o ordenamento jurídico atribuiu legitimidade.¹²⁰

Os direitos da personalidade são absolutos, observando-se, contudo, o significado atribuído a esse vocábulo. Isto porque foi justamente a afirmação deste pretensão ‘absolutismo’ dos direitos da personalidade que ensejou, conforme exposto anteriormente, um dos fundamentos apresentados para a rejeição à afirmação da existência de tais bens jurídicos.

Com efeito, o termo ‘absoluto’ não é unívoco e, por isso, dá margem à controvérsia quando utilizado para caracterizar os direitos da personalidade.¹²¹ Neste contexto, necessário ressaltar que o caráter absoluto dos direitos da personalidade não significa uma imposição ilimitada, pois, assim como todos os demais direitos, os direitos da personalidade, quando em conflito com os direitos da personalidade de outrem, se relativizam, a fim de garantir a eficácia de todos, ainda que limitados reciprocamente.¹²²

¹¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil: parte geral. 3ª ed. rev. e atualiz. Volume IV, pessoas. Coimbra: Almedina, 2011, p. 108-109, 124.

¹¹⁹ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 179.

¹²⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 404.

¹²¹ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil: parte geral. 3ª ed. rev. e atualiz. Volume IV, pessoas. Coimbra: Almedina, 2011, p. 105-106. Referido autor ressalta que, conforme a especificidade do seu objeto, nem todos os direitos da personalidade são absolutos no sentido de serem exigíveis *erga omnes* (como, por exemplo, o direito de confidencialidade de uma carta, que é dirigido ao receptor da carta), da mesma forma que nem todos os direitos da personalidade são absolutos no sentido de não exigirem relações jurídicas (como, por exemplo, também, a relação entre o emitente e o destinatário da carta).

¹²² CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 136.

Os direitos da personalidade são absolutos no sentido de que devem ser respeitados por todos, independentemente do modo ou da estrutura do direito de personalidade em questão no caso concreto¹²³. Todos são destinatários da norma e cada um está obrigado a não atentar contra o direito de personalidade de outrem¹²⁴, caracterizando-se, assim, um poder jurídico de exclusão, que é consequência – e não causa – do reconhecimento da pessoa como valor. Observe-se, entretanto, que a tutela dos direitos da personalidade não se exaure no dever de não ingerência de terceiros, ao contrário, também impõe um dever de auxílio¹²⁵, com a finalidade de preservar a essência de cada um e proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, em consonância com sua dignidade.¹²⁶

Os direitos da personalidade são, também, direitos não patrimoniais, pois são bens inestimáveis, não apreciáveis monetariamente, que não fazem parte do patrimônio do titular (no sentido econômico) e não possuem utilidade econômica imediata, embora, alguns destes direitos possam ter uma parcela representativa eventualmente comercializada. Com efeito, conforme exposto anteriormente, os direitos da personalidade enquadram-se na categoria do ‘ser’ e não do ‘ter’, razão pela qual é impossível que sobre ele se vislumbre contornos de propriedade.

Todavia, o fato de eles serem bens não patrimoniais não significa que não produzam consequências patrimoniais, pois, por vezes, tem indubitável utilidade econômica. Tal circunstância aponta a distinção, na doutrina, entre os direitos da personalidade não patrimoniais em sentido forte, ou seja, aqueles que não podem ser, em nenhuma hipótese, comercializados (como o direito à vida), direitos da personalidade em sentido fraco, como aqueles que, dentro de determinadas regras, podem ser objeto de negócios com alcance

¹²³ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil: parte geral. 3ª ed. rev. e atualiz. Volume IV, pessoas. Coimbra: Almedina, 2011, p. 105-106.

¹²⁴ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 189. Por outro vértice, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza restringe tal característica àquela primeira noção, qual seja, de um direito oponível *erga omnes*, asseverando que, neste particular, os direitos da personalidade compartilham da mesma estrutura dos direitos de propriedade (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 401).

¹²⁵ PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell'ordinamento giuridico. Camerino: Jovene, 1972, p. 177.

¹²⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 136. Rabindrahath Valentino Aleixo Capelo de Sousa expõe, da mesma forma, que há um dever de abstenção (não violar o direito de personalidade de outrem), mas, também, um dever de ação, em face do dever de solidariedade social (evidenciado, por exemplo, na tipificação do crime de omissão de socorro), os quais, juntamente com o dever de consideração, formam o direito geral de respeito dos demais sujeitos jurídicos pela personalidade de outrem (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 427-428). Em consequência, deve-se conferir relevo não somente aos mecanismos desenvolvidos para a proteção dos direitos (repressão aos ataques), mas, também, para a promoção destes mesmos direitos, a fim de dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

econômico (direito à integridade física) e direitos da personalidade patrimoniais, que podem ser negociados no mercado (como o direito da atividade intelectual).¹²⁷

Ressalte-se, entretanto, que a possibilidade das manifestações ou modos de ser de uma pessoa permitirem a ela obter certos bens econômicos não significa a identidade entre as manifestações e os produtos delas decorrentes, ou seja, não se identificam os produtos com os bens jurídicos da personalidade¹²⁸, razão pela qual é possível concluir acerca da não patrimonialidade de todos os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são, ainda, intransmissíveis, indisponíveis e irrenunciáveis, características interligadas e que tem como fundamento a impossibilidade do titular de um direito da personalidade se ver subtraído de um bem jurídico relacionado ao seu modo de ser no mundo.

Os direitos da personalidade são intitulados direitos intransmissíveis, pois são bens jurídicos que constituem o próprio modo de ser da pessoa, razão pela qual não podem ser cedidos, alienados ou onerados em favor de outrem.¹²⁹ Entretanto, da mesma forma como se admite a constrição do proveito econômico resultante do exercício de um direito da personalidade, conforme asseverado anteriormente, também se pode transmitir o proveito econômico advindo do exercício de um determinado direito da personalidade.¹³⁰

Os direitos da personalidade são direitos indisponíveis, pois tem como objeto bens essenciais à pessoa, relativos aos seus modos de ser, estabelecendo-se, assim, nexos orgânicos como sujeito, razão pela qual tais bens não podem ser objeto de disposição pelo seu titular. Cumpre consignar que a indisponibilidade não significa a mesma coisa que a

¹²⁷ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil: parte geral. 3ª ed. rev. e atualiz. Volume IV, pessoas, Coimbra: Almedina, 2011, p. 107-108

¹²⁸ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 183-185.

¹²⁹ Adriano de Cupis fundamenta esta intransmissibilidade no estreito nexo orgânico entre o sujeito e o objeto do direito, ou seja, entre a pessoa e o seu modo de ser. (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 54-55).

¹³⁰ A intransmissibilidade, ora indicada, abrange tanto os atos praticados pelo próprio titular do direito, como, também, atos de coerção praticados por terceiro. Com efeito, os direitos da personalidade são bens fora do comércio e, portanto, não respondem pelas dívidas patrimoniais do seu titular, embora possam, em determinadas hipóteses, ter relevância econômica (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 415). Os direitos da personalidade não podem, portanto, ser penhorados, mas o proveito econômico advindo do exercício dos referidos direitos pode ser objeto de constrição.

intransmissibilidade, pois tem alcance muito mais amplo, abrangendo não apenas a transmissão, mas, também, o abandono, a renúncia, a modificação e a autolimitação.¹³¹

A questão será examinada com mais vagar nos próximos capítulos, quando for abordado o direito ao próprio corpo. Todavia, uma observação deve ser, desde logo, apresentada: tanto a indisponibilidade, como todas as demais características dos direitos da personalidade a ela relacionadas, como a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, devem ser enquadradas dentro de um critério relativo à titularidade e não ao exercício do direito.¹³² Admite-se, portanto, em determinados casos, a disposição ou limitação voluntária de parcela representativa de um direito da personalidade, desde que submetida a alguns critérios. Ademais, tais disposições são sempre parciais e, ainda, revogáveis a qualquer tempo.¹³³

O fato de os direitos da personalidade serem intransmissíveis implica dizer que os direitos da personalidade são, também, irrenunciáveis, pois, constatada a não cindibilidade entre a pessoa e os seus modos de ser, não pode ela se demitir deste direito por um ato de vontade, haja vista que isto implicaria em sua supressão perante o corpo social e em ofensa à sua dignidade humana. Entretanto, embora exista um conteúdo mínimo ou núcleo do direito a ser preservado, que não pode ser objeto de renúncia, admite-se uma esfera de parcial renúncia, sendo sua licitude condicionada justamente à proteção daquela mesma dignidade, pois se entende, nestes casos, que não é propriamente uma renúncia ao núcleo substancial do direito, mas, antes disso, a afirmação deste mesmo direito da personalidade.¹³⁴

Cumprе consignar, todavia, que devem ser perfeitamente distinguidas as hipóteses de renúncia ao exercício do direito - situação que se aproxima do ato de disposição, cabível em

¹³¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 405-407. Referido autor cita, ainda, como exemplos da indisponibilidade, a ilicitude do ato de auto-reduzir-se à condição de escravo, do contrato de trabalho perpétuo, do negócio que tende a obrigar uma pessoa a tolerar futuras e continuadas ofensas à sua honra. Adverte, contudo, que embora tais poderes jurídicos integrantes da personalidade estejam em princípio fora de comércio e sejam indisponíveis nas relações com os outros seres, isto não impede que no interior da esfera pessoal de cada um ocorram mutações, pois estas constituem o exercício da autodeterminação.

¹³² No sentido de que o exercício do direito pode ser objeto de disposição, embora com restrição, o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: 'O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral'.

¹³³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 408-409.

¹³⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 144-145.

determinadas circunstâncias e em relação a qual cabe sempre revogação - e renúncia ao direito propriamente dito, via de regra incabível.¹³⁵

Os direitos da personalidade são cotidianamente classificados como direitos imprescritíveis, abrangendo tanto a prescrição aquisitiva como a prescrição extintiva, razão pela qual eles não podem ser adquiridos por usucapião, não se extinguem pelo não uso e, ainda, não tem sua eficácia obstada em virtude do exercício tardio de uma ação. Necessário ressaltar, contudo, que o que deve efetivamente ser ressaltado é que os direitos da personalidade não são direitos patrimoniais, mas sim direitos existenciais, razão pela qual o instituto da prescrição a eles não se aplica.

Ademais, importante notar que, às vezes, o não exercício de um direito relacionado à personalidade é, justamente, o exato exercício de outro direito da personalidade, priorizando a autodeterminação da pessoa para a construção do projeto de vida individual. Se uma pessoa deixa, por exemplo, de exercer o direito à identidade pessoal, pode, por outra via, estar atuando de forma a resguardar-se, exercendo, portanto, o seu direito à intimidade e privacidade.¹³⁶

Expostas as principais características dos direitos da personalidade, cumpre consignar que este trabalho ficará restrito ao estudo da disponibilidade em relação ao próprio corpo, para analisar até que ponto o titular de um direito inato, intrínseco e essencial, pode dele dispor. Entretanto, antes de expor acerca das possibilidades e limites à disposição de tal direito, faz-se imprescindível a análise do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, haja vista que tal princípio irá, em todas as hipóteses, orientar a conclusão acerca da exatidão, ou não, do exercício de um determinado ato de disposição.

1.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

¹³⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 146.

¹³⁶ Necessário, neste aspecto, anotar a lição de Adriano Marteleto Godinho, para quem ‘o fator tempo, seja pelo exercício continuado de certa conduta (*surrectio*), seja pela inação quanto ao exercício de um direito (*supressio*), jamais seria capaz de comprometer a existência dos direitos da personalidade’, ou seja, tais fenômenos não atingem a titularidade do direito, mas, eventualmente, exercem influência somente nas pretensões emanadas dos atos e negócios que tenham eles por objeto. (GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 149).

O princípio da dignidade humana alcança os mais diversos aspectos da pessoa, mas, para o desenvolvimento deste trabalho, ele será analisado especialmente pelo ângulo dos direitos da personalidade. Isto porque, nesta seara, o referido princípio é contínua e constantemente instrumentalizado, a fim de extrair a máxima efetividade destes direitos.

Cabe, aqui, assinalar a advertência de que por vezes a constante invocação do princípio, de forma tão acrítica e promíscua, em um sem-número de situações, acaba por fazer com que ele pareça representar um conceito vazio. Entretanto, a noção substancial do princípio é o centro de gravidade de toda a ordem jurídica, razão pela qual se conclui que não é possível prescindir da noção da dignidade, mas, antes disso, lhe restituir o sentido.¹³⁷ É certo, ainda, que a explanação aqui apresentada é parcial e sintética, mas ela é imprescindível, para que, em um segundo momento, seja possível retomar alguns aspectos e trabalhar dialeticamente os conteúdos abordados neste trabalho.

A dignidade da pessoa humana¹³⁸ é uma dessas realidades que dão a impressão de que se obscurecem na razão direta do esforço empregado para clarificá-la.¹³⁹ Isto porque os contornos de tal noção são fluídos e, portanto, difíceis de serem examinados ou descritos com precisão, pois recebem o influxo de diversas correntes culturais e científicas e estão sujeitos a constantes modificações, em cada momento da história e em cada sociedade.

Não é possível olvidar, ainda, da advertência de que a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Todavia, se é certo que existem riscos na construção do significado do conceito de

¹³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Prefácio. In: GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 10.

¹³⁸ De acordo com Thiago Ferreira Cardoso Neves, a expressão 'dignidade da pessoa humana' não encerra uma redundância, pois decorre da discussão, feita pela Igreja, para estabelecer a condição de Jesus Cristo como pessoa humana, pessoa espiritual e sua condição de divindade. Assim, definido que Jesus Cristo era uma pessoa divina, verdadeiro Deus encarnado, as demais pessoas passaram a ser denominadas pessoas humanas. (NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. A dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p. 174).

¹³⁹ ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil Constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: CORDEIRO, Antonio Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (coord.). Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008, p. 481.

dignidade humana, em virtude de sua abstração, isto não autoriza o abandono de uma noção relevante, ao contrário, antes exige o seu amplo estudo e debate.¹⁴⁰

Ultrapassadas as advertências iniciais, a respeito da dificuldade de delimitar os contornos da dignidade da pessoa humana, cumpre consignar que, na antiguidade, já se afirmava a dignidade da pessoa, mas esta dignidade estava assentada na atividade de contemplação e relacionada à posição social ocupada por cada pessoa.¹⁴¹ Havia, portanto, uma dignidade limitada, particularizada, ou seja, alguns mais ou menos dignos conforme seu *status* social, e não uma dignidade universal, intrínseca e irrestrita a todos os seres humanos.

Na tradição cristã, por sua vez, também se afirmava, desde os seus primórdios, a dignidade da pessoa humana. Nesta concepção, a pessoa não tem uma dignidade própria em virtude, tão somente, de ter sido criada por Deus - pois todas as criaturas foram por Ele criadas – mas resulta do fato de que ela é a única criatura criada à imagem e semelhança de Deus, a única a quem Ele dirigiu a palavra e, também, pela redenção e encontro que ela terá com Ele no Juízo Final, o que a torna diferente e superior aos outros seres e, portanto, portadora de uma dignidade própria.¹⁴² Na concepção cristã, houve uma radical mudança de perspectiva, pois a dignidade diz respeito a todos os seres humanos, mas o seu fundamento é mais teológico que político.¹⁴³

É certo, ainda, que a melhor compreensão do conceito de pessoa e o seu alargamento para alcançar todos os aspectos da existência humana, referidos anteriormente, também propiciou, em paralelo, o desenvolvimento da noção de dignidade humana. Isto porque a invocação desta ‘*dignidade*’ pressupõe uma certa concepção daquela ‘*pessoa*’. Houve, assim, a secularização e universalização da noção de dignidade humana, que passou a ser uma qualidade intrínseca reconhecida em todo e em qualquer ser humano.¹⁴⁴

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 09, 59-61.

¹⁴¹ VAZ, Henrique C. de Lima. Antropologia filosófica. São Paulo: Loyola. 11ª ed., 2011, p. 80-84.

¹⁴² ARDITA, M. G. Verbete Dignidade humana. In: LEONE, Salvino; PRIVIERA, Salvatore. Dicionário de Bioética. Trad. A. Maia Rocha. Aparecida: Santuário, 2001, p. 275-277.

¹⁴³ RIDOLA, Paolo. A dignidade humana e o ‘princípio liberdade’ na cultura constitucional europeia. Coordenação e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet; tradução Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 25-26.

¹⁴⁴ Sobre a secularização dos conceitos, interessante a observação feita por Luiz Fernando Barzotto, baseado na tese de Carl Schmitt, no sentido de que todos os conceitos significativos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados. Afirma o referido autor que o conceito de dignidade da pessoa humana também resulta da metamorfose histórica do conceito teológico para o conceito jurídico, tornando-o acessível à razão. Acrescenta, ainda, que ‘o conceito de dignidade aponta para a adequada atitude em relação à pessoa, em sua reta apreensão, o que a filosofia contemporânea chama de

Na Renascença, houve o desenvolvimento de uma nova sensibilidade em relação ao ser humano, ocasião em que se tentou conciliar o ideal de humanidade dos autores antigos e o da tradição cristã, fundando a concepção da dignidade da pessoa humana em duas ideias matrizes: a do ser humano universal e a da sua inerente dignidade. Enfrentou-se, nesse contexto, o problema da unidade e da igualdade da natureza humana, fazendo surgir uma consciência das características essenciais da pessoa, em sua universalidade abstrata e não mais limitada por suas particularidades, como no caso da dignidade no mundo antigo. Ademais, a dignidade, na Renascença, não estava assentada na atividade contemplativa, ao contrário, tinha como fundamento o agir, a capacidade do ser humano de transformar o mundo que o circunda.¹⁴⁵

É no primeiro período do humanismo renascentista que Giovanni Pico della Mirandola apresenta sua *Oratio de Hominis Dignitate*, texto onde enaltece a dignidade do homem, articulando-a em três níveis: a dignidade é um problema da razão, um problema da liberdade humana e um problema de ser, implicando, assim, em dialética, ética e metafísica.¹⁴⁶ A ideia de que a pessoa não está fadada a um destino, mas, ao contrário, que

reconhecimento. Por sua vez, o reconhecimento encontra um paralelo sistemático no conceito teológico de fé. De fato, o reconhecimento, como a fé, está voltado a uma realidade transcendente. O reconhecimento é uma fé secular, um ato de livre e imediato de afirmação da transcendência da pessoa face ao conhecimento (mistério), deliberação (absoluto) e ao mundo das coisas (sagrado).’ (BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40).

¹⁴⁵ VAZ, Henrique C. de Lima. Antropologia filosófica. São Paulo: Loyola. 11ª ed., 2011, p. 80-84. Acrescenta, ainda, o referido autor: (...) Pode-se dizer que essa consciência da humanidade é, provavelmente, o ponto de vista que reúne todos os aspectos da antropologia renascentista. Com efeito, é a imagem do *homo universalis* que emerge das profundas transformações do mundo ocidental no tempo da Renascença. Tem lugar, então, uma rápida dilatação dos horizontes estreitos da Cristandade medieval, seja de seu espaço geográfico (ciclo das Descobertas), seja de seu espaço humano (encontro com novas culturas e civilizações). Nesse contexto, põe-se inevitavelmente o problema da *unidade e igualdade* da natureza humana, a partir da experiência do chamado *pluralismo antropológico* que, a partir de então, ocupará um lugar sempre mais importante na reflexão sobre o homem, tornando-se um dos campos onde a dialética da *identidade na diferença* apresenta características mais originais. Essa questão torna-se, na Renascença, uma questão eminentemente *política* com a urgência com que se impõe no campo *jurídico* (nascimento do *jus gentium*, F. de Vitoria e a pregação de B. de las Casas, como prelúdio ao Direito Natural moderno) e no campo *religioso* (problema da tolerância no quadro dramático das guerras de religião). (VAZ, Henrique C. de Lima. Antropologia filosófica. São Paulo: Loyola, 11ª ed., 2011, p. 84).

¹⁴⁶ GANHO, Maria de Lurdes Sirgado. Acerca do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola. In: MIRANDOLA, Giovanni Pico della. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 26. Pico della Mirandola afirma, no início de seu discurso, que Deus, após ter criado o mundo e distribuído numerosas espécies, desejou que houvesse alguém capaz de compreender a razão, a grandeza e a beleza de sua obra. Entretanto, não havia mais nenhum arquétipo para modelar a nova criatura, nenhum tesouro para oferecer-lhe de herança, tampouco um lugar específico, onde essa criatura sentasse para contemplar a obra divina. O artífice estabeleceu, portanto, que esse novo ser, a quem nada de próprio podia conceder, tivesse tudo o que tinha sido dado de forma limitada aos outros seres, razão pela qual conferiu ao ser humano uma natureza indefinida, mas sem limitação. Caberia à própria pessoa determinar o seu destino, por intermédio do seu livre arbítrio,

pode, por intermédio do livre arbítrio, reinventar-se a cada instante e ascender a patamares mais elevados, constitui e demonstra, de acordo com o referido autor, a sua dignidade.

A pessoa é, assim, o ponto de referência do universo, construtora de si mesma, segundo aquilo que escolhe e deseja para si. Possui, portanto, racionalidade e autodeterminação, razão pela qual se coloca acima do mundo natural e deve fazer bom uso de sua liberdade, buscando coisas nobres, ao invés de contentar-se com as coisas medíocres.¹⁴⁷ Essa nova visão da pessoa, não mais considerada no caso concreto, mas, sim, de toda e qualquer pessoa, digna, pois portadora de racionalidade, acabará tornando-se uma questão política e jurídica e causará uma profunda transformação no mundo ocidental.

Após diversos desdobramentos ao longo do tempo, Immanuel Kant conferiu novo e relevante desenvolvimento ao tema da dignidade da pessoa humana, de uma forma que ainda hoje exerce grande influência na doutrina jurídica, estabelecendo os por ele denominados imperativos categóricos, em especial, o imperativo de que cada uma deve tratar a humanidade, seja na sua pessoa seja na pessoa de outrem, nunca como um meio, mas sempre como um fim.¹⁴⁸ Atribuiu-se relevância não aos interesses particulares, mas, antes disso, à humanidade de todos e de cada um, como valor em si mesma, um valor intrínseco¹⁴⁹ e, portanto, revelador de sua dignidade.

podendo degenerar até as bestas ou regenerar-se até os seres divinos (MIRANDOLA, Giovanni Pico della. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 52-53).

¹⁴⁷ MIRANDOLA, Giovanni Pico della. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 53-55. Maria de Lurdes Sirgado Ganho, ao comentar sobre o pensamento de Pico della Mirandola, assevera ainda que ‘Acentua-se assim o predomínio da vontade sobre o saber abstracto, sugestão certamente colhida nas suas leituras de autores medievais de raiz augustiniana. Tal facto, determina, sem dúvida, que o nosso autor considere que esta vontade, que é livre, e que como tal postula a escolha livre, se se quiser realizar numa dimensão de facto humana, tem de estar orientada para o bem. O homem não se deve contentar com as coisas medíocres, mas deve aspirar às mais altas. Há aqui como que um compromisso ético diferente do dado ontológico. Encontramo-nos perante uma ética do poder ser, em que o homem, orientado pela razão e desde que isso seja possível (questão dos limites humanos da acção), age com vista à obtenção dos mais altos ganhos espirituais. Esta é uma outra forma de a sua superioridade se expressar relativamente a todos os outros seres criados’ (GANHO, Maria de Lurdes Sirgado. Acerca do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola. In: MIRANDOLA, Giovanni Pico della. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 27).

¹⁴⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Observe-se, contudo, que o imperativo categórico de Kant não permite, de imediato, conceituar a dignidade humana, mas, tão somente, para apontar onde ocorreu uma violação a essa mesma dignidade, perquirindo-se se determinada pessoa foi, ou não, utilizada como um meio por outrem (ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: CORDEIRO, Antonio Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (coords.). Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008, p. 485).

¹⁴⁹ Eduardo Ramalho Rabenhorst, ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, expõe as concepções do que seria um valor intrínseco. Assim, conforme referido autor, em uma primeira concepção, valor

Enquanto na visão de Pico della Mirandola a dignidade do homem está assentada, principalmente, em sua racionalidade, na visão de Immanuel Kant essa dignidade tem como alicerce principal a liberdade. Entretanto, a liberdade de Kant não é liberdade no sentido vulgar (como a possibilidade de escolher um modo particular de satisfazer as próprias necessidades), mas a liberdade como autonomia, ou seja, a liberdade de agir de acordo com a lei que o homem impõe a si mesmo. Na doutrina de Kant, agir livremente não é escolher as melhores maneiras para alcançar um fim, mas, antes disso, é escolher o fim em si e agir de acordo com ele, o que confere dignidade à pessoa e a lança à condição de um ser destinatário de especial respeito pelos outros.¹⁵⁰

A doutrina kantiana está relacionada à perspectiva moral¹⁵¹, à ética do dever (e não na inclinação ou na vontade) e, portanto, implica uma auto coerção em relação a si próprio e em

intrínseco designa um valor não instrumental, ou seja, algo tem valor intrínseco quando não pode ser convertido em meio para a obtenção de algo, como, por exemplo, o bem, que é um fim em si mesmo. Em uma segunda concepção, valor intrínseco designa um valor absoluto, ou seja, o valor que algo tem, independentemente de uma apreciação subjetiva. Aponta, ainda, que na raiz do debate acerca da noção do valor intrínseco encontram-se duas concepções acerca dos valores como um todo. Uma que afirma que os valores são objetivos e, portanto, deduzidos a partir de regras universais; outra que afirma que não existem valores fora de uma atividade de valoração, pois todo valor é, em última análise, atribuído pelo homem. (RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: ALMEIDA FILHO, Agassis; MELGARÉ, Plínio. (org.). Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35).

¹⁵⁰ SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 142-143. Fazendo uma crítica a filosofia kantiana, John Gray assevera que: ‘A filosofia, como usualmente praticada, é uma tentativa de encontrar boas razões para crenças convencionais. No tempo de Kant, o credo das pessoas convencionais era cristão; agora é humanista. Nem são essas duas crenças assim tão diferentes uma da outra. Ao longo dos últimos duzentos anos, a filosofia se libertou da fé cristã, mas sem abrir mão do erro capital do cristianismo – a crença em que os humanos são radicalmente diferentes de todos os outros animais’. E prossegue: ‘Os outros animais nascem, se acasalam, procuram comida e morrem. Isso é tudo. Mas nós, humanos – assim pensamentos -, somos diferentes. Somos *pessoas* cujas ações são o resultado de nossas *escolhas*. Os outros animais passam suas vidas desatentos, mas nós somos *conscientes*. Nossa imagem de nós mesmos é formada a partir de uma crença entranhada em que *consciência, noção de si e livre-arbítrio* são o que nos define como seres humanos e nos elevam acima de todas as outras criaturas. Em nossos momentos de maior desapego, admitimos que essa idéia de nós mesmos é falha. Nossas vidas são mais como sonhos fragmentados do que desempenhos de um *self* consciente. Controlamos muito pouco daquilo que mais prezamos; muitas das nossas decisões mais importantes são tomadas sem o nosso conhecimento. Ainda assim, insistimos em que a *humanidade* pode alcançar o que *nós* não podemos: o domínio consciente de sua existência’. (GRAY, John. Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais. Tradução Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 53-54).

¹⁵¹ Conforme entendimento de Dominique Lecourt, para a doutrina kantiana a moral deve ser completada pela religião. Afirma o referido autor: ‘Não se pode, portanto, invocar levemente a moral kantiana como se ela fornecesse as bases laicas de uma ética universal. Kant tomou cuidado de escrever em 1783 uma obra perfeitamente esclarecedora de suas intenções, *A religião nos limites da simples razão*. Ora, já no Prefácio o filósofo põe as cartas na mesa. Ele escreve: “A moral leva, portanto, infalivelmente à religião, donde ela se amplia até a idéia de um legislador moral todo-poderoso exterior à vontade do homem, que contém na sua vontade o fim último (da criação do mundo) e que ao mesmo tempo pode e deve ser o fim último do homem”’ (LECOURT, Dominique. Humano pós-humano: a técnica e a vida. São Paulo: Loyola, 2005, p. 50).

relação aos demais seres humanos.¹⁵² Referida doutrina distingue entre aquilo que tem um valor exterior, ou seja, um preço (e, portanto, que pode ser substituído) e aquilo que tem valor interior, ou seja, dignidade (e que é, portanto, insubstituível e incomparável), no caso, o homem, assentando-se, aqui, portanto, a base da dignidade humana.ⁱ

No âmbito jurídico, a ideia da dignidade do homem deve-se, principalmente, a dois fatores distintos: em primeiro lugar, a constatação dos horrores causados pelo nacional-socialismo e pelo fascismo e a reação a eles após o término da Segunda Guerra Mundial, quando restou evidenciado que políticas atentatórias à pessoa humana poderiam ser desenvolvidas e, inclusive, asseguradas por lei; em segundo lugar, a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política.¹⁵³ Desenvolveu-se, assim, a ideia de que era necessário abandonar a visão de estrita legalidade, para integrar, no âmago do sistema jurídico, princípios fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.

O respeito à dignidade foi previsto na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Constituição de diversos países, dentre eles Itália, Alemanha e Portugal, e, também, no Brasil, na Constituição Federal de 1988, e passou a ser o fundamento da ordem jurídica, não somente no âmbito público, mas, também, no âmbito privado.¹⁵⁴ O princípio deixou de ser exclusiva manifestação conceitual, cuja essência se

¹⁵² Conforme asseverado por Eduardo Ramalho Rabenhorst: “Para o filósofo alemão, há entre a natureza e o homem uma cesura irredutível: a natureza, como havia mostrado Newton, é o reino das leis necessárias de causa e efeito. Nela, os eventos seguem um determinismo inflexível. O homem, em contrapartida, é livre e racional. Como tal, ele pode agir por meio de valores e fins que ele próprio se atribui, construindo, assim uma outra realidade que vem a ser o mundo da cultura. Em outras palavras: enquanto ser sensível, o homem é parte da natureza e suas ações são determinadas pelas leis que regem todos os seres vivos; entretanto, enquanto ser pensante, o homem possui um caráter inteligível, que faz com que suas ações sejam livres (...). Contudo, ao contrário do animal, que está submetido ao instinto, isto é, à faculdade que deseja possuir seu objeto antes mesmo de conhecê-lo, o homem pode ultrapassar sua condição natural, submetendo suas pulsões aos fins que ele próprio se atribui. Pela educação, o homem supera sua animalidade e acede a uma ‘segunda natureza’, assumindo assim sua condição humana”.

(RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: ALMEIDA FILHO, Agassis; MELGARÉ, Plínio. (org.). Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 29). Por outro vértice, consigne-se que, conforme asseverado por John Gray, a filosofia de Kant foi uma das principais linhas do Iluminismo, mas alvo de críticas, ao argumento de que era apenas uma versão secular do principal equívoco do cristianismo, que põe o ser humano acima de todos os outros animais. (GRAY, John. Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais. Tradução Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 57).

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 18-19.

¹⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82. Outros diplomas que também fizeram referência à proteção da dignidade humana são: Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, feita pela ONU em 10 de novembro de 1975, a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina,

buscava na razão divina ou na razão humana, para se converter em proposição autônoma, que ocupa importante posição no ordenamento jurídico.

Resta, portanto, enfrentar o problema do conceito ou definição dos contornos da dignidade humana.¹⁵⁵ Cabe aqui, entretanto, uma advertência: a dignidade humana é muito mais do que um conceito, é, antes de tudo, conteúdo, valor e princípio do qual, inclusive, decorrem os direitos fundamentais, razão pela qual não pode ser concedida, mas antes reconhecida pelo ordenamento jurídico, sendo, portanto, valor subjacente a todos os direitos conferidos ao ser humano. Constitui-se, assim, de uma realidade pré-jurídica que precede e confere fundamento ao ordenamento jurídico.¹⁵⁶

Entretanto, isto não implica dizer que ela resulte de um direito natural, mas, conforme exposto anteriormente, de um lento e sucessivo processo de conquistas feitas ao longo da história. A atribuição de uma dignidade própria ao ser humano, suscetível de influir em todas as decisões relacionadas à pessoa humana foi o resultado, no âmbito jurídico, de *‘uma lenta e por vezes hesitante caminhada’*.¹⁵⁷ O reconhecimento da historicidade da dignidade humana tem como resultado, inclusive, a valorização da conquista feita pelo homem, pois sendo uma conquista (e não uma outorga por uma razão divina ou natural), sua conservação, proteção e promoção merece toda a atenção por parte do ordenamento jurídico, evitando-se ofensas e retrocessos que impliquem esvaziamento do seu conteúdo.¹⁵⁸

Considerando que a ideia da dignidade da pessoa humana é realidade que precede e confere fundamento ao ordenamento jurídico, forçoso anotar que ela não existe apenas onde é por ele expressamente reconhecida, tampouco na exata medida em que ele a reconhece, mas antes, disso, ela existe conforme desenvolvida e assimilada no decorrer do desenvolvimento

adotada pelo Conselho da Europa, em 19 de novembro de 1996, Declaração universal sobre o Genoma Humano e o Direitos Humanos, de 1997.

¹⁵⁵ Se é certo que todas as concepções sobre a dignidade da pessoa humana podem ser criticadas em virtude de um excessivo antropocentrismo - pois deixam de lado a questão de se reconhecer na fauna ou na flora alguma noção de dignidade, como pretendem alguns - não é menos certo concluir que não há como se afastar do reconhecimento de que a pessoa humana indubitavelmente a tem.

¹⁵⁶ ANDORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Leticia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 81.

¹⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil: parte geral. 3ª ed. rev. e atualiz. Vol. IV, Pessoas. Coimbra: Almedina, 2011, p. 32.

¹⁵⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19. Referida autora, a par de defender a historicidade do princípio da dignidade humana, afirma, também, que ela é subjetiva, pois não tem um significado compartilhado por todos os indivíduos, razão pela qual somente pode ser aferida perante o caso concreto, situando-a no espaço, no tempo e em relação às pessoas envolvidas.

da história, razão pela qual também não pode ser arbitrariamente limitada, suprimida ou retirada pela autoridade pública.¹⁵⁹

Embora difícil conceituar a dignidade, pois valor próprio da natureza humana, é indubitável que, no âmbito jurídico, pode ser necessário aferir a existência de ofensa àquela dignidade e, para tanto, há a necessidade de se buscar seu conteúdo, a fim de dele extrair consequências jurídicas.¹⁶⁰ Necessário consignar, ainda, que, considerando as diferentes raízes históricas e filosóficas da ideia de dignidade, muitos são os pontos de partida para a sua conceituação. No problema da dignidade da pessoa humana se projetam, como num espelho, a amálgama dessas várias vertentes¹⁶¹, que, ao longo do tempo, se condensam e se ordenam de forma a dar consistência ao valor jurídico fundamental.

Assevera-se que o substrato material da dignidade da pessoa humana pode ser desdobrado em quatro postulados, quais sejam: o sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; os reconhece como merecedores do mesmo respeito de que é titular; é dotado de vontade livre e autodeterminação; e é parte do grupo social e dele não pode ser marginalizado. Da elaboração de tais postulados seria possível extrair, respectivamente, os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade.¹⁶²

Aponta-se, ainda, um câmbio semântico na compreensão do significado da dignidade, que deixa de designar apenas o ser da pessoa, mas a humanidade da pessoa, ou seja, não mais se refere ao indivíduo isoladamente considerado, mas à reunião de todos os homens naquilo que eles tem em comum: sua qualidade de seres humanos e, portanto, dignos de o ser.¹⁶³ O princípio da dignidade da pessoa está, portanto, relacionado à existência, à utilidade e ao valor da vida humana, em si própria e em relação com os outros, em sua representação jurídica, e

¹⁵⁹ ANDORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 81.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 42-43.

¹⁶¹ ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (coords.). Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008, p. 487.

¹⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85.

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos de direito da bioética. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 97.

não diz respeito somente às exigências negativas, excludentes de ataques externos, mas, também, ao reconhecimento e promoção de todas as potencialidades humanas.¹⁶⁴

A dignidade é a referência da representação do valor do ser humano. Sob este enfoque, a comunidade política organizada afirma solenemente a sua adesão à ideia de que cada ser humano constitui um valor, reconhece a igualdade deste princípio a todos os seres humanos e funda suas instituições sobre essa representação.¹⁶⁵ A dignidade está preservada quando estão assegurados, a todos os seres humanos, indistintamente, o respeito à vida, à integridade física e moral, à liberdade, à autonomia e autodeterminação, à igualdade e à fruição dos direitos fundamentais, bem como as condições mínimas para uma existência digna¹⁶⁶, colocando-a a salvo de ofensas praticadas por outrem ou por si mesma, bem como garantindo-lhe os meios para exercer suas potencialidades.¹⁶⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana não é, portanto, um mero apelo ético. Ele é limite e tarefa, pois possui uma dimensão protetiva, que implica em um dever de abstenção

¹⁶⁴ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

¹⁶⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: CORDEIRO, Antonio Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (coords.). Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008, p. 507).

¹⁶⁶ Conforme Antonio Junqueira de Azevedo, o respeito às condições mínimas de vida está relacionado às condições materiais de vida, como, por exemplo, a proteção conferida à casa própria e diversas outras normas de proteção ao patrimônio mínimo. Assim, no entender do autor, a impenhorabilidade do bem de família diz respeito à proteção que cabe antes ao ser humano como tal que à família. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: Revista USP n. 53, mar/mai 2002, São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 90-91). A este respeito, Luiz Edson Fachin também aponta que, embora não haja pecúnia ou patrimônio que mensure a dignidade, o respeito a essa dignidade impõe, também, o respeito ao patrimônio mínimo, como meio para assegurar uma vida digna (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001). Roxana Cardoso Brasileiro Borges, por sua vez, atrela o direito ao patrimônio mínimo ao próprio direito da personalidade, asseverando que ‘para realizar-se enquanto pessoa e não apenas como ser vivo (como um animal), o mínimo existencial (mínimo para que o ser exista, para que esteja vivo) é uma exigência que nasce dos direitos da personalidade. O exercício das liberdades e da autonomia social ou jurídica da pessoa requer a concretização de condições mínimas que garantam sua vida, senão não se pode considerar o ser humano como ser livre, dotado de livre arbítrio, mas, sim, determinado pela necessidade de autoconservação’ (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p.19).

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41-59. Nas palavras do autor, a dignidade “É a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.’ (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 58-59).

e de autocoerção, uma dimensão prestacional, que impõe um dever de promoção, e uma dimensão intersubjetiva, razão pela qual cabe ao Estado e ao particular preservar a dignidade existente, bem como criar condições para possibilitar sua fruição, pois a pessoa, por si mesma e isoladamente, poderá enfrentar dificuldades em realizá-la por seus próprios meios.¹⁶⁸

Ademais, a dignidade não é algo autônomo, que paira acima da pessoa ou, ainda, que é por ela carregada, como um adereço, mas, sim, uma realidade intrínseca do próprio ser, portanto, não há que se voltar os olhos para o alto, para vislumbrar a dignidade em outros campos e, posteriormente, atá-la a cada ser humano em uma dada situação. A contrário, há de se perscrutar o interior de cada homem para alcançá-la. A pessoa não reclama dignidade, ela a tem e, por isso, pode reclamar outros bens da vida.

Embora se reconheça no mundo ocidental a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, é certo que há importantes divergências em relação à posição que tal princípio ocupa no ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, cumpre-se ressaltar que a dignidade, não é, por óbvio, um direito, senão *'a fonte de todos os direitos'*.¹⁶⁹ Por outro vértice, enquanto alguns apontam que o princípio da dignidade humana ocupa o mais alto posto na hierarquia do ordenamento jurídico¹⁷⁰, tratando-se, portanto, de princípio absoluto, que não admite ponderação¹⁷¹, outros afirmam que ele está em igualdade de condições com os demais princípios do ordenamento jurídico, não é absoluto e, portanto, admite ponderação.¹⁷²

Não se pode olvidar a visão no sentido de que o princípio da dignidade humana exige modelação em suas consequências, a fim de, por exemplo, compatibilizar a dignidade de uma

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 47. Ainda sobre o aspecto promocional do ser humano, cumpre consignar a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem o direito de ser homem compreende o direito de que ninguém impeça outrem de ser homem, mas, também, o direito de que o ajudem a conservar sua humanidade (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 74).

¹⁶⁹ ANDORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (Orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 81.

¹⁷⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: Revista USP n. 53, mar/mai 2002, São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 96.

¹⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85. A autora assevera que somente os princípios da liberdade, igualdade, integridade física e moral e solidariedade, corolários do princípio da dignidade, é que podem sofrer ponderação, mantendo-se, contudo, absoluto o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 64.

pessoa com a dignidade de outra, mas não admite modelação em seus pressupostos, pois absolutos, e, se afastados, nada resta da dignidade.¹⁷³

Importante anotar, ainda que o princípio da dignidade humana assumiu, no ordenamento constitucional germânico e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia a posição de *primus inter pares*, ou seja, após analisadas as duas perspectivas distintas da dignidade (absoluta ou não absoluta), foi desenvolvida uma hipótese reconstrutiva diferente. Isto porque, se a concepção absoluta considera completamente inidôneo submeter o princípio da dignidade humana ao jogo das ponderações, esta hipótese reconstrutiva, ao invés, sustenta que ele é, tão somente, mais resistente ao balanceamento quando colide com outros princípios fundamentais.¹⁷⁴

Com efeito, não há que se falar em princípios absolutos, pois todos estruturam a ordem jurídica, sendo certo, ainda, que todos os princípios relativos aos direitos fundamentais tem acentuado peso. Forçoso reconhecer, entretanto que o princípio da dignidade humana é, com certeza, aquele que possui o maior grau de precedência em relação a todos os demais, pois remete ao valor maior da sociedade.

Malgradas as divergências, é certo que a dignidade tem a finalidade precípua de proteger o livre desenvolvimento da personalidade e não a liberdade individual para se fazer ou deixar de fazer algo a qualquer custo¹⁷⁵, razão pela qual não se pode olvidar, nunca, da sua dimensão intersubjetiva e do seu caráter universal, impedindo, assim, que a pretexto de salvaguardar a liberdade de uma pessoa se atinja a dignidade de outra ou, até mesmo, a de si própria.

¹⁷³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: Revista USP n. 53, mar/mai 2002, São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 96.

¹⁷⁴ RIDOLA, Paolo. A dignidade humana e o 'princípio liberdade' na cultura constitucional europeia. Coordenação e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet; tradução Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 54, 76. Necessário consignar, ainda, que Robert Alexy, em importante obra sobre direitos fundamentais, expõe que, em caso de colisão entre princípios, a solução não está na dimensão da validade, como ocorre com as regras, mas sim na dimensão do peso, ou seja, há princípios com mais ou menos peso, consideradas as circunstâncias da colisão. O autor assevera que, ao analisar o princípio da dignidade humana, na Constituição alemã, ele, de fato, dá a impressão de possuir um caráter absoluto. Todavia, não há que se falar em princípio absoluto, mas, tão somente, de princípio com alto grau de precedência sobre os demais, o que confere ampla certeza de que o referido princípio prevalecerá quando em conflito com outros princípios (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 94, 111).

¹⁷⁵ MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 22.

A dignidade pode ser vista por dois ângulos distintos: dignidade como empoderamento, referente ao valor intrínseco do ser humano, reforçando-se, assim, o aspecto da autonomia¹⁷⁶; e a dignidade como restrição, mais relacionada aos deveres humanos do que aos seus direitos. Por essa concepção, a dignidade é não somente um compromisso de respeitar a dignidade dos outros, mas, também, um compromisso de respeitar nossa própria dignidade, agindo de uma forma compatível com a visão de dignidade estabelecida em uma dada comunidade.¹⁷⁷

A dignidade mantém com a liberdade estreita relação de interdependência, mas não fundamenta o arbítrio. Se é indubitável que a dignidade gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais, isto não implica deixar de reconhecer que a pessoa está em permanente e indissociável relação com seus semelhantes, conforme apontado anteriormente, razão pela qual seus fins tem que ser compatíveis ou não excludentes, cada um contribuindo para que os demais atinjam, também, seus respectivos fins.

A dignidade é, em um dado sentido, absoluta, pois não admite limitação, renúncia ou subtração, sob qualquer pretexto, por parte de quem quer que seja. Entretanto, ela não é absoluta no sentido de que, assentada exclusivamente na racionalidade e na autonomia ou autodeterminação da pessoa, tudo justifica, pois a dignidade não pode ser analisada separadamente de seu conteúdo e finalidade essencial, que é a promoção do ser humano, tampouco de seu outro fundamento, que é o viver em comunidade. Isto porque a liberdade individual a qualquer preço e sem o cotejamento com a responsabilidade põe a humanidade em retirada.

Em suma, a liberdade – não a liberdade antiga, relacionada ao contrato e à propriedade, mas a liberdade atual, referente à autonomia pessoal¹⁷⁸ - passou a ser filtrada pelo

¹⁷⁶ Enfatizando a questão relativa a autonomia, podemos citar a lição de Hans Carl Nipperdey, para quem ‘No ordenamento jurídico a dignidade humana é então realizada, quando ela assegura à pessoa uma esfera, na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente autorresponsável, na qual ela nem é submetida a pretensão de poder de uma outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária, mas é pessoa autorresponsável livre’ (NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos fundamentais e direito privado*. In HECK, Luis Afonso (org.) *Direitos Fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 52).

¹⁷⁷ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Human dignity in bioethics and biolaw*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 01.

¹⁷⁸ A respeito da autonomia, John Gray, em uma visão oposta, ressalta o fetiche da escolha, afirmando que: ‘Para nós, nada é mais importante do que viver como escolhemos. Isso não é porque valorizemos a liberdade mais do que pessoas que viveram em tempos anteriores. É porque identificamos a vida boa como a vida escolhida. Para os gregos pré-socráticos, o fato de que nossas vidas sejam contidas por limites era o que nos fazia humanos. Ter nascido como um mortal, num dado lugar e tempo, forte ou

valor da dignidade humana, ou, em outras palavras, a liberdade passou a ser vista através do foco da dignidade, em especial em virtude da repersonalização do ordenamento jurídico.¹⁷⁹ O princípio da dignidade da pessoa humana passou a atuar como ponto de interseção entre direito público e o direito privado, em especial no que se refere a tutela e promoção da pessoa humana.¹⁸⁰

De toda forma, cumpre ressaltar que, mais importante que a conceituação da dignidade é a compreensão do propósito de sua incorporação ao ordenamento jurídico, qual seja, o propósito de proteger a condição humana, em todos os seus aspectos e manifestações, a fim de permitir o livre desenvolvimento da pessoa no meio social.¹⁸¹ Resta claro, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana constituiu um dos fundamentos para o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, dos direitos da personalidade na ordem jurídica contemporânea. Isto porque, reconhecendo-se que a pessoa tem uma dignidade própria, inviolável, tem ela também reconhecido o exercício dos direitos necessários a construção do seu projeto de vida individual.

fraco, rápido ou lento, bravo ou covarde, belo ou feio, sofrendo uma tragédia ou sendo poupado dela – esses aspectos de nossas vidas nos são dados, não podem ser escolhidos. Se os gregos pudessem ter imaginado uma vida sem eles, não a teriam reconhecido como a vida de um ser humano. Os gregos antigos estavam certos. O ideal da vida escolhida não combina com a maneira como vivemos. Não somos autores de nossas vidas: não somos nem mesmo co-autores dos eventos que nos marcam mais profundamente. Quase tudo que é mais importante em nossas vidas é não escolhido. O tempo e o lugar em que nascemos, nossos pais, a primeira língua que falamos – isso são acasos, não escolhas. É o fluir casual das coisas que molda nossas mais significativas relações. A vida de cada um de nós é um capítulo feito de eventos acidentais. A autonomia pessoal é produto de nossa imaginação, não a maneira como vivemos. Ainda assim, fomos jogados num tempo no qual tudo é provisório. Novas tecnologias alteram nossas vidas diariamente. As tradições do passado não podem ser resgatadas. Ao mesmo tempo, fazemos pouca ideia do que o futuro trará. Somos forçados a viver como se fôssemos livres. O culto da escolha reflete o fato de termos que improvisar em nossas vidas. Que não possamos fazer de outra maneira é uma marca de nossa não-liberdade. Escolher tornou-se um fetiche, mas a marca de um fetiche é não ser escolhido’ GRAY, John. Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais. Tradução Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 135-126).

¹⁷⁹ Observe-se, ainda, que, conforme apontado por Dennis Otte Lacerda, o ordenamento jurídico, ao fazer a opção de eleger a dignidade da pessoa humana como valor máximo do sistema normativo, exclui a possibilidade de existência de redutos particulares que desconsiderem a plena realização da pessoa, acarretando, também, por funcionar como mais um fator para por fim à dicotomia entre direito público e privado (LACERDA, Dennis Otte. Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 14).

¹⁸⁰ LACERDA, Dennis Otte. Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 87.

¹⁸¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 08-09.

2 DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

Conforme exposto anteriormente, o ser humano possui distintos planos representacionais, sendo inúmeras as formas de projeção de sua personalidade na vida em sociedade. Para possibilitar o adequado tratamento da matéria, bem como conferir melhor contorno jurídico a cada uma destas projeções, costumeiramente submetem-se os direitos da personalidade a diversos tipos de classificações, em especial classificações que abordam de forma segmentada as questões relativas à parte física e à parte espiritual ou moral da pessoa.¹⁸²

Todavia, independentemente das classificações existentes e das críticas a elas apresentadas, forçoso reconhecer que o direito ao próprio corpo é comumente inserido dentre os direitos à integridade física e compreende os direitos que permitem à pessoa exercer faculdades sobre seu corpo, desenvolvê-lo e defendê-lo das ofensas de terceiro¹⁸³ e abrange tanto os atos praticados em vida, com eficácia ainda em vida, como também, os atos praticados com eficácia *post mortem*, como os atos de disposição do próprio cadáver.

Imprescindível, contudo, observar que embora o direito ao próprio corpo venha, sempre, classificado como um direito relativo à integridade física, é evidente que não se pode adotar uma visão reducionista, como se tudo se resolvesse naquela organicidade, pois, conforme exposto anteriormente, a pessoa é mais que existência biológica. É a partir do corpo, substrato dessa pessoa, que emanam os direitos relativos a ela como matéria e os

¹⁸² Orlando Gomes divide os direitos da personalidade em duas categorias, alcançando, assim, os direitos à integridade física (que abrangem o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver) e os direitos à integridade moral (que abrangem o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor (GOMES, Orlando. Direitos de Personalidade. Revista de Informação Legislativa, setembro de 1966, p. 43). Por outro vértice, Santos Cifuentes classifica os direitos da personalidade em três categorias, compreendendo os direitos à integridade física (direito à vida, direito ao corpo, direito de morrer), os direitos à integridade espiritual (direito à honra, direito à imagem, direito à intimidade, direito à identidade) e o direito à liberdade (CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 229). Observe-se, todavia, a existência de crítica a estas classificações, ao argumento de que não possuem cientificismo algum e tampouco promovem a integral proteção da personalidade, pois pretendem classificar os direitos da personalidade, em detrimento do reconhecimento de um direito geral de personalidade. Neste sentido: SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 228.

¹⁸³ Na lição de Elimar Szaniswki, a integridade física é modo de ser físico da pessoa, perceptível pelos sentidos. De toda forma, conforme ressaltado pelo mesmo autor, a integridade da pessoa alcança não somente os aspectos físicos, mas, também, os psíquicos, haja vista que o homem constituiu uma unidade. Assim, trata-se de garantir a integridade psicofísica da pessoa (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 466, 469).

direitos relativos a ela como fonte do espírito, razão pela qual assume importância capital no estudo dos direitos da personalidade.¹⁸⁴

O direito ao próprio corpo vem, todavia, recebendo o influxo de diversas correntes filosóficas e, ainda, sofrendo o impacto dos novos conhecimentos adquiridos pelas ciências biológicas, razão pela qual passou – e ainda passa – por contínuas transformações, que impõem a constante reflexão acerca do seu conteúdo.

2.1 ALCANCE ATUAL DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

O ser biológico humano – ou mais precisamente, o corpo humano – é o componente inafastável do trânsito terrestre, a base orgânica para a existência e transposição para a condição de pessoa. É, também, a forma de se colocar no mundo e de estabelecer uma relação com esse mundo.¹⁸⁵ Há, portanto um aspecto material, um elemento concreto, razão pela qual o direito da personalidade a ele relativo jamais poderá se reduzir a uma mera abstração jurídica, pois o ordenamento jurídico, aqui, está sujeito às leis naturais.

Cumprе consignar, entretanto, que o corpo não se reduz a uma questão meramente biológica, mas, também, a um conjunto simbólico, um meio para a expressão do individual daquela determinada pessoa. O corpo serve para traduzir os elementos da identidade de uma pessoa, em um nível estritamente individual e particular, mas, também, desempenha, por muitas vezes, importante papel para que uma pessoa seja identificada como integrante de um determinado grupo social.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Nas palavras de Danilo Doneda: ‘Embora muitos autores tratem separadamente o direito à integridade física do direito à integridade psíquica, hoje podem ser consideradas superadas as concepções que, dissociando a proteção do corpo humano do espírito, estabelecem regimes de tutela que não levem em conta a impossibilidade de fragmentar aspectos da própria condição humana.’ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 6, jun. de 2005, p. 86).

¹⁸⁵ SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 118, p. 126.

¹⁸⁶ Adote-se, por exemplo, as modificações corporais introduzidas por algumas tribos indígenas ou africanas, como forma de afirmar seu pertencimento àquele grupo e, conseqüentemente, sua identidade social, pois tais alterações abrangem um conjunto de importantes significados coletivos. Se é certo que a

A pessoa é muito mais do que mera existência biológica.¹⁸⁷ Importante, assim, conjugar os elementos trazidos pelas diversas concepções provenientes das ciências naturais com os elementos trazidos, também, pelas demais ciências humanas ou, ainda, pela filosofia. Com efeito, se, conforme exposto no primeiro capítulo, as ciências humanas exigem a ‘decomposição’ do homem, para análise dos seus diversos ‘produtos’, de forma explicativa, a filosofia, longe dessas exigências científicas, traz à luz a questão da essência e da unidade do homem, podendo, portanto, falar em ‘humanidade’.¹⁸⁸

Na filosofia contemporânea - e no que guarda relação mais estreita com o objeto desta análise -, faz-se a distinção, no ser humano, do corpo como substância material (totalidade física) e como organismo (totalidade biológica), de um lado, e do corpo como *corpo próprio* (totalidade intencional), de outro. O ‘*corpo próprio*’ é, portanto, a dimensão constitutiva e expressiva do *ser* do homem, ou seja, dotado de uma intencionalidade que transcende o nível do físico e do biológico.¹⁸⁹

Na visão da filosofia contemporânea, é por intermédio do ‘*corpo próprio*’ que o homem organiza seu estar-no-mundo, assumindo a objetividade do corpo físico-biológico e significando-o em diversos níveis, todos articulados entre si. É essa mediação entre o corpo dado e o corpo próprio que faz com que ele seja um corpo propriamente ‘*humano*’, constituindo uma intencionalidade subjetiva (físico-biológica e psíquica) e uma intencionalidade intersubjetiva (social e cultural),¹⁹⁰ por intermédio do qual a pessoa se situa no espaço-tempo e promove sua estruturação psicológica, social e cultural na sociedade.¹⁹¹

O corpo é, assim, o ponto de convergência entre os fenômenos de natureza orgânica e de natureza social da pessoa, razão pela qual não pode ser analisado somente pelo seu aspecto

massificação da mídia tem feito com que muitos comportamentos e estilos se tornem globalizados, também é certo que esta mesma ampliação dos meios de comunicação fizeram com que tais questões tivessem um relevo ainda maior para os seres humanos.

¹⁸⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 22.

¹⁸⁸ WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012, p. 76.

¹⁸⁹ VAZ, Henrique C. de Lima. Antropologia filosófica. São Paulo: Loyola. 11ª ed., 2011, p. 177-178. Prossegue o autor: “(...) É no sentido dessa distinção entre o *ser* e o *ter* o corpo que o corpo é, para o homem, um “corpo vivido” (*corpvsécú*), não no sentido da vida biológica, mas da vida *intencional*. Pelo corpo o homem está presente no mundo. Mas, segundo se entenda o corpo como totalidade físico-orgânica e o corpo como totalidade intencional, é oportuno distinguir uma presença *natural* (presença impropriamente dita ou simples *estar-aí*) e uma presença *intencional* (*presença* no sentido próprio ou *ser-aí*). Pela primeira, o homem está no mundo ou na natureza em situação fundamentalmente *passiva*. Pela segunda, o homem está no mundo em situação fundamentalmente *ativa*, ou é *ser-no-mundo*”. (VAZ, Henrique C. de Lima. Antropologia filosófica. São Paulo: Loyola. 11ª ed., 2011, p. 179).

¹⁹⁰ VAZ, Henrique C. de Lima. Antropologia filosófica. São Paulo: Loyola. 11ª ed., 2011, p. 180-181.

¹⁹¹ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 231-232.

instrumental, mas, também, ao seu caráter expressivo.¹⁹² Com efeito, o primeiro mistério com que a pessoa se depara na vida é o seu próprio corpo, é ele que possibilita se colocar no mundo e sobre o qual são acumuladas marcas de aculturação e socialização, a fim de atingir o desejo de compatibilidade ou, ainda, expressar sua autenticidade, razão pela qual é meio indispensável para a formação da identidade subjetiva.

Ademais, o corpo também tem um aspecto jurídico. Com efeito, nos ordenamentos antigos a pessoa era destituída de corporalidade. A noção de corpo somente veio a ser desenvolvida em momento posterior, em especial com o avanço das demais ciências, que ‘requisitaram’ o corpo para distintos propósitos e, conseqüentemente, desafiaram os operadores do Direito a se apropriarem desse elemento físico, biológico e intencional, a fim de regular as relações jurídicas daí decorrentes.¹⁹³ O corpo tem, portanto, um aspecto multifacetário, embora reduzido à uma unidade.

O corpo está intrinsecamente relacionado ao círculo biológico, espiritual e relacional da pessoa e constitui o substrato físico dos demais direitos da personalidade. Aproximar-se do corpo é aproximar-se da pessoa.¹⁹⁴ É por intermédio do corpo que a pessoa se projetará nas três dimensões referidas no primeiro capítulo, quais sejam, a dimensão relativa à ipseidade, a dimensão relativa à alteridade e dimensão realizacional.¹⁹⁵

O corpo é a materialização da pessoa, mas não é coisa apartada da pessoa, ao contrário, é o elemento necessário à sua afirmação, razão pela qual embora se faça a classificação como um direito à integridade física, dando ênfase ao aspecto biológico, é certo que não se pode olvidar que é ele que permite a afirmação da identidade, aspecto incorpóreo da pessoa, sendo que todos estes aspectos devem ser considerados, de forma conjunta, pelo ordenamento jurídico,

O direito ao próprio corpo é um direito necessário, ou seja, uma posição jurídica independente da vontade do seu titular. Deve ser ressaltado, entretanto, que a locução ‘*direito ao próprio corpo*’ parece dar ênfase à ideia de propriedade do corpo, ou seja, do corpo pertencer à pessoa em um sentido de bem econômico. Todavia, tal percepção deve ser de

¹⁹² DAOLIO, Jocimar. Corpo e identidade. In: MOREIRA, Wagner Wey (org.). Século XXI: A era do corpo ativo. Campinas: Papirus, 2006, p. 55.

¹⁹³ CORREA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 128-129.

¹⁹⁴ SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 118.

¹⁹⁵ VAZ, Henrique C. de Lima. Antropologia filosófica. São Paulo: Loyola. 11ª ed., 2011, p. 179.

pronto afastada, haja vista que, conforme exposto anteriormente, quando abordadas as dificuldades iniciais para o desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade, eles não possuem um objeto exterior à pessoa, tampouco se referem a direitos patrimoniais. Assim, em que pese o uso da locução, fruto da ótica vigente ao tempo das grandes codificações, calcada no liberalismo econômico, não se deve compreender o direito ao próprio corpo como um direito de propriedade da pessoa sobre um objeto, no caso, o seu próprio corpo.¹⁹⁶

Evidente que, no plano dos direitos da personalidade, o corpo não é um objeto, razão pela qual se deve evitar a sua coisificação¹⁹⁷, resultante daquele viés patrimonialista que já foi referido anteriormente. Reafirma-se, portanto, que o corpo é um dos elementos da pessoa, mas a pessoa não ‘tem’ o corpo, ela ‘é’ – também - o corpo. Não se trata de uma propriedade ou patrimônio, mas, sim, de um elemento constitutivo da pessoa e, tão somente, daquela pessoa, pois o ‘homem é aquilo que é exclusivamente seu’.¹⁹⁸ Não se trata, também, de uma relação baseada exclusivamente na mera utilidade – embora atualmente esteja presente tal viés, de forma modulada, conforme será exposto posteriormente -, entre o sujeito e seu corpo, porque não há esta dualidade entre sujeito e corpo. O corpo faz parte, indissolúvelmente, da unidade do sujeito e de sua existência.¹⁹⁹

A locução ‘direito ao próprio corpo’ deve ser compreendida como uma forma de enfatizar que o corpo deve atender à realização da pessoa, à construção do seu projeto de vida individual e à sua própria dignidade. Não deve servir, portanto, como objeto para atender interesses de terceiros, privados, estatais, religiosos ou comunitários. O corpo é elemento da pessoa e não objeto de outrem ou do Estado, razão pela qual não pode ser utilizado para finalidades outras, salvo em circunstâncias excepcionais e com o consentimento do titular do

¹⁹⁶ Elimar Szaniawski aponta a superação desta concepção que via no direito à integridade física um direito de propriedade sobre o próprio corpo, pois a pessoa não possui os mesmos poderes de usar, gozar e dispor de seu corpo como possuiria em relação a um bem de sua propriedade (SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 470). Entendimento em sentido contrário, baseado em um exclusivo critério de propriedade, levaria à conclusão, conforme exemplo citado por Michael J. Sandel, de que o homem poderia, após submeter-se a uma cirurgia, vender seu fígado pela maior quantia que se lhe oferecesse, instituindo-se, no caso, o livre comércio de órgãos para transplante. Da mesma forma, permitiria a conclusão de que o homem pode doar seus dois rins, ainda que isto lhe retirasse a vida, posto que não há como se conceber que seja proprietário de, tão somente, um destes órgãos e não do outro (SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 92).

¹⁹⁷ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 290.

¹⁹⁸ Lord Cottenham, citado por WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy, Harvard Law Review, IV, nº 5, December, 1890, p. 205.

¹⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell’ordinamento giuridico. Camerino: Jovene, 1972, p. 183.

direito, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, anteriormente analisado.²⁰⁰

Necessário consignar, ainda, que o corpo tem dois aspectos: um aspecto imutável, permanente, e um aspecto dinâmico, passível de transformação. Essas transformações podem ser resultantes do próprio ciclo biológico do homem (criança/idoso, saudável/enfermo, dentre outros) ou, ainda, resultantes da atividade da pessoa sobre o seu próprio corpo (tatuagem, *body modification*, transgenitalização, para citar alguns exemplos). Forçoso reconhecer, portanto, que a pessoa, ao surgir para o mundo, recebe um corpo²⁰¹, mas, ao longo da vida, também constrói seu próprio corpo e afirma sua corporalidade, acrescentando ou retirando alguns sentidos, detalhes, adereços, órgãos. Aquele corpo recebido em um primeiro momento é um mero rascunho, que será, por incontáveis vezes ao longo da vida, submetido a algumas transformações voluntárias ou involuntárias.

Observe-se que, se é possível dizer que a pessoa é uma natureza em expansão ou transformação, também é possível dizer que, atualmente, o próprio corpo é uma potencialidade em expansão desta mesma pessoa, pois o avanço da ciência, com suas inúmeras criações e invenções, permite, cada vez mais, o desdobramento das suas possibilidades em tantas outras antes inimagináveis, tornando possível praticar atos que antes seriam inexecutáveis. Adote-se, como exemplo, o atual estágio de desenvolvimento dos transplantes de órgãos, das cirurgias estéticas, da inseminação artificial, dentre outras possibilidades.

O progresso da ciência não somente permitiu novos desmembramentos de partes e produtos do corpo, como, também, permitiu a conservação destes, longe do corpo humano, por tempos cada vez maiores, possibilitando sua utilização em momentos diversos e com finalidades distintas.²⁰² Anote-se, como exemplo, a conservação de óvulos, espermatozoides e embriões por vários anos, nos bancos próprios para tais finalidades, até que a pessoa

²⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 32. Conforme afirmado pelo mesmo autor, tal locução enfatiza a impossibilidade de interferências externas no corpo humano, em especial aquelas cometidas pelos regimes totalitários, como, por exemplo, as experimentações científicas.

²⁰¹ Observe-se que é por intermédio de um fato que a pessoa se insere física, biológica, social e juridicamente no mundo, qual seja, o nascimento com vida, na forma do artigo 2º, da Lei 10.406/2002, que instituiu o Código Civil.

²⁰² RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155.

eventualmente decida utilizá-los para uma fertilização, descarta-los ou coloca-los à disposição de terceiros.

Em síntese, o corpo passou a ter, cada dia mais, uma ‘utilidade’ alargada para a pessoa, com a possibilidade de sua decomposição em diversas faces, muitas delas sensíveis, distribuídas em tempo e lugares diversos.²⁰³ Trata-se, portanto, de uma unidade passível de multiplicidade, pois a inovação científica e tecnológica impede que o corpo seja concebido como algo imodificável. Ao contrário, o corpo torna-se uma construção pessoal, própria, transitória e manipulável, suscetível de diversas metamorfoses conforme as vontades individuais²⁰⁴, sendo importante observar que as tecnologias não só permitem a prática destes novos atos, antes relegados às fantasias humanas, como, também, impactam a própria forma de ser da pessoa em relação ao seu corpo.²⁰⁵

Forçoso reconhecer, portanto que, se antes o corpo era uma realidade pronta e acabada, dada pela natureza, submetido a um destino onde a participação humana era mínima e, no mais das vezes, representava o ‘lugar dos castigos’²⁰⁶ ou a ‘prisão da alma’²⁰⁷, agora ele passou a ser, cada vez mais, uma realidade em mutação, construída pela própria pessoa, para alcançar seus objetivos particulares. A pessoa ‘reapropriou-se’ do seu corpo, pois pode, por intermédio de atos por ela mesma praticados, dar a ele tal ou qual destino. Em consequência, o corpo humano é, também, um lugar de conflitos, que exige a tomada de decisões muito

²⁰³ Tratando de questões relativas ao direito sobre o corpo, cabe aqui o interessante questionamento de Stefano Rodotà: ‘O corpo pode ser ‘disseminado’, sem que o sujeito o saiba. Como poderá ser mantido o controle sobre este ‘novo’ corpo, incessantemente criado fora de sua unidade física?’ (RODOTÁ, Stefano. Transformações do corpo. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 5, vol. 19, jul/set 2004, p. 102).

²⁰⁴ RODOTÁ, Stefano. Transformações do corpo. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 5, vol. 19, jul/set 2004, p. 92.

²⁰⁵ Nas palavras de Dominique Lecourt, ‘as biotecnologias atuais vêm modificar brutalmente alguns dados essenciais do processo humano de individuação. Multiplicando e aperfeiçoando os objetos técnicos (medicamentos, instrumentos...) tais como são utilizados nas instituições biomédicas, as biotecnologias atribuíram a si mesma os meios de modificar as normas vitais implicadas no devir humano de cada um. Como escreveu várias vezes Georges Canguilhem, citando Kurt Goldstei, ‘o problema do indivíduo não se divide’. Agindo sobre a procriação, o desenvolvimento do embrião, o nascimento, a sexualidade, o envelhecimento e a morte, essas tecnologias transformaram as condições em que as normas vitais são engajadas no processo da individuação, constituindo a pessoa como sujeito”. (LECOURT, Dominique. Humano pós-humano: a técnica e a vida. São Paulo: Loyola, 2005, p. 81).

²⁰⁶ CHAVES, Antonio. Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 93. Na Idade Média, especialmente, o corpo será o receptáculo para a imposição de diversos castigos corporais, seja por motivos religiosos, seja por motivos políticos.

²⁰⁷ Na antiguidade, o corpo era destinatário de uma ética que se preocupava com a saúde a atividade corporal, mas com o surgimento do cristianismo, difundiu-se a ideia do corpo como a prisão da alma, sede do pecado e, portanto, uma realidade a ser superada, razão pela qual quanto menos ativo, melhor. (GALLO, Silvio. Corpo ativo e a filosofia. In: MOREIRA, Wagner Wey (org.). Século XXI: A era do corpo ativo. Campinas: Papirus, 2006, p. 19-20).

complexas e elaboradas, decisões estas que colocam em evidência a antropologia do ser humano²⁰⁸ e implicam a necessidade de constante redefinição dos limites do poder da pessoa sobre ela mesma.²⁰⁹

A pessoa deixou de observar seu corpo como um elemento passivo para, a partir do progresso científico, atentar-se para sua condição de elemento ativo na construção de sua identidade. As novas possibilidades, tornadas factíveis pela ciência e a cada dia mais evidentes no cotidiano das pessoas, acarretaram em uma nova forma de administração concreta daquele substrato físico-biológico. Fala-se, assim, em uma espécie de ‘gerenciamento’ do corpo ou, ainda, da ‘comoditização’ do corpo, transformando-o, ou transformando partes dele, em uma ‘comodity’, ou seja, em um bem fungível passível de disposição, com distintas finalidades.²¹⁰ Desta forma, com diferentes objetivos, dispõe-se de cabelos, sangue, ossos, tecidos e outros tantos produtos, órgãos e funções do próprio corpo, em favor de outrem, com ou sem remuneração.

²⁰⁸ Nas palavras de Fabíola Rohden, ao tratar da questão relativa à antropologia e os usos das ciências: ‘Se as etnografias de laboratório tiveram um grande impacto em virtude de terem descortinado a ciência do seu caráter sagrado, deixando evidente todas as suas características mundanas, um campo importante tem se aberto em torno dos estudos marcados pela preocupação em entender a presença da ciência no cotidiano, na administração concreta da vida. Parece tornar-se cada vez mais evidente que estamos lidando com um emaranhado de teias, em que a própria separação entre ciência de laboratório, seu contexto de produção e seus diversos ‘usos’ não faz mais tanto sentido. A etnografia dessas novas redes-objetos, das quais o antropólogo também faz parte, traz novos problemas de pesquisa, novos desafios teóricos, novos tipos de fontes, novos dilemas éticos’ (ROHDEN, Fabíola. Notas para uma antropologia a partir da produção do conhecimento, os usos das ciências, intervenções e articulações heterogêneas. In: FONSECA, Cláudia; ROHDEN, Fabíola; MACHADO, Paula Sandrine (orgs.). Ciências na vida: antropologia da ciência em perspectiva. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 51).

²⁰⁹ RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 146. No mesmo sentido, Letícia Ludwig Möller, para quem é ‘inegável que neste período a ciência torna-se fator importante e cada vez mais presente na vida cotidiana, deixando de restringir-se a objeto de interesse do cientista e do homem culto, e incitando fortes transformações nas mais diversas esferas da vida: das organizações sociais às organizações políticas e econômicas, do ambiente natural à indústria, ao trabalho intelectual e à vida familiar’. E complementa que ‘a ciência e seus produtos saem do âmbito restrito de pesquisa, atuação e arbítrio do cientista (e dos laboratórios, indústrias farmacêuticas e institutos tecnológicos), para ganhar espaço de estudiosos de áreas diversas, seja de um público leigo apto a imaginar ou perceber as conseqüências – vantagens e riscos – que o espantoso progredir da ciência pode trazer em múltiplas esferas de sua vida’ (MÖLLER, Letícia Ludwig. Esperança e responsabilidade: os rumos da bioética diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21, 25).

²¹⁰ Nos tempos modernos, grande é a mercantilização e a velocidade. A vivência do próprio corpo não fica alheia a este aspecto da vida moderna, transformando o corpo em uma mercadoria e instituindo uma ‘mais-valia- do corpo’ (GALLO, Silvio. Corpo ativo e a filosofia. In: MOREIRA, Wagner Wey (org.). Século XXI: A era do corpo ativo. Campinas: Papirus, 2006, p. 10). A respeito das consequências da introdução da lógica do mercado em todas as searas da vida, inclusive em relação aos direitos da personalidade, confira-se: SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

Observe-se, ainda, a questão relativa às patentes de invenções biotecnológicas e a privatização da pesquisa científica, que também propiciaram um contexto social e econômico que influenciou, decisivamente, na percepção social do próprio corpo, pois ele deixa de ser mero elemento constitutivo da personalidade e alcança *status* de capital suscetível de produzir lucro.²¹¹

Assim, em que pese ter sido afirmado anteriormente que a relação da pessoa com o seu corpo não é relação exclusivamente de utilidade, é certo que não é possível ignorar a denominada ‘patrimonialização’ dos atributos da personalidade. Com efeito, desde o início da evolução humana, o corpo, as suas partes e as suas informações adquiriram um notável valor, que vai bem além da utilidade imediata terapêutica. Esse valor tornou-se ainda mais visível no momento atual, em face do progresso exponencial da ciência.²¹²

Observe-se que cada época teve algum ou vários direitos da personalidade em evidência. O direito à imagem somente passou a ocupar grande espaço na discussão jurídica quando o progresso da ciência permitiu a fixação da imagem por intermédio da fotografia; o direito à honra tornou-se ainda mais evidente quando a tecnologia desenvolveu novos meios de propagação da informação, como os jornais impressos e a internet; o direito à privacidade atingiu novos contornos quando foram criadas lentes que permitiram captar imagens distantes a centenas de metros; e assim, sucessivamente. Da mesma forma, o direito ao próprio corpo, embora sempre objeto de estudo, pois muitas são as possibilidades de violação, assume novos contornos a cada inovação tecnológica que permite uma nova forma de disposição, tornando necessário revisitar os conceitos anteriormente delineados.

Logo, se é certo dizer que cresceu a importância da análise e do estudo dos atributos pessoais, em especial devido à repersonalização do Direito Civil, também é possível dizer que cresceram, qualitativa e quantitativamente, as diversas formas e possibilidades de dispor dos

²¹¹ Conforme asseverado por Giorgio Resta, ‘transforma-se, conseqüentemente, a natureza dos conflitos e a tipologia das soluções possíveis no caso de uma interferência não autorizada na esfera corpórea do indivíduo: de soluções ressarcitórias por danos não-patrimoniais, há uma tendência hoje cada vez mais frequente de soluções restitutórias, mas especificamente de reversão dos rendimentos ilicitamente obtidos’ (RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155-156).

²¹² RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155-156.

produtos, partes e funções do próprio corpo, impondo-se, conseqüentemente, um duplo desafio à Ciência Jurídica.

Necessário salientar, entretanto, que essa maior exposição da pessoa a uma quantidade também cada vez maior de inovações culturais e científicas, que lhe permitem construir seu projeto de vida individual, não é, em princípio, dotada de um viés negativo. Ao contrário, se o exercício dos direitos da personalidade está atrelado ao direito do indivíduo em decidir seu projeto de vida e permitir a livre realização de sua personalidade, as diversas possibilidades de manifestação contribuem para o crescimento individual de cada pessoa e, também, para o enriquecimento cultural da sociedade.

O desenvolvimento das diversas ciências não deve ser observado, portanto, por um ângulo alarmista, pondo em evidência um suposto caráter desumano de tal transformação, pois, contraditoriamente foi essa mesma revolução científica que propiciou, em paralelo, uma demanda pelo respeito à dignidade humana.²¹³ Assim, a cada descoberta e a cada inovação anunciada pelas ciências biológicas, médicas e tecnológicas, as demais ciências, inclusive o Direito, puseram-se a refletir e questionar o seu impacto na vida da pessoa e da sociedade, fazendo com que esta discussão alcançasse, também, um novo patamar de elaboração e densidade.

Necessário observar, ainda, que, em virtude da apontada decomposição do corpo em diversas e distintas partes, o seu conceito, na Ciência Jurídica, está sendo, lenta e paulatinamente, objeto de extensão. Aponta-se, nesta seara, duas concepções sobre a as partes do corpo: uma abordagem realista e uma abordagem personalista. A abordagem realista adota um cunho patrimonial, colocando os produtos e partes do corpo, depois de separados, sob um regime de propriedade, adotando princípios análogos àqueles da frutificação. A abordagem personalista, por sua vez, adota uma perspectiva pautada no princípio fundamental da autodeterminação da pessoa, capaz de determinar as modalidades de interferência em sua esfera pessoal no momento, tanto na retirada, quanto na destinação, na conservação e na utilização de amostras de seu material biológico, posto que intrinsecamente relacionado à sua individualidade e à construção do seu projeto de vida pessoal.²¹⁴

²¹³ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. Human dignity in bioethics and biolaw. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 09.

²¹⁴ RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 159.

A adoção de cada uma dessas abordagens resulta em uma construção jurídica absolutamente distinta, mas a dignidade da pessoa humana reclama uma concepção personalista. Com efeito, os direitos da personalidade não perdem sua especial natureza por serem, em determinadas hipóteses, disponíveis. Desta forma, também não podem perdê-la simplesmente em decorrência de um ato físico de separar parte do corpo do titular do direito. Em consequência, se antes as partes destacáveis do corpo humano (como, por exemplo, cabelos, dentes e sangue), eram, após a separação daquela totalidade orgânica, por vezes submetidos ao regime das coisas, atualmente tal ato não mais se mostra adequado ou razoável em todas as hipóteses, ensejando, assim, uma maior ampliação do conteúdo semântico do vocábulo ‘corpo humano’.²¹⁵

A utilização de partes destacáveis do corpo para novas e distintas finalidades, antes inimagináveis, está muitas vezes intrinsecamente relacionada a algum direito da personalidade do titular, independentemente do fato de aquela parte estar, por qualquer circunstância, divorciada do seu corpo. Anote-se, também, que vários tecidos e produtos do corpo humano desempenham duplo valor, ou seja, são matéria e informação.²¹⁶

O descobrimento e o atual mapeamento da estrutura do DNA²¹⁷, por exemplo, permite que uma simples gota de sangue sirva não somente como insumo para a transfusão, como, também, meio para identificar uma pessoa, e, ainda, como produto que possibilita apontar suas enfermidades atuais ou até mesmo, suas enfermidades futuras, constituindo-se, assim, em um verdadeiro ‘portão de acesso’ à corporalidade do titular do direito²¹⁸, ensejando, por

²¹⁵ Quando muito, tal concepção deve ser o ponto de chegada, mas nunca o ponto de partida para a análise das questões a ela relativas e do sistema normativo aplicável no caso concreto. Observe-se, contudo, que Adriano de Cupis assevera que o direito às partes separadas do corpo (e também do cadáver) não se incluiu na categoria dos direitos da personalidade, embora tradicionalmente seu estudo esteja relacionado com o estudo daquela. Afirma, ainda, que a separação de parte do corpo é o fato jurídico do qual surge, originariamente, o direito de propriedade em relação à parte destacada, sendo, portanto, coisa (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 96-97).

²¹⁶ RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 158.

²¹⁷ Com efeito, a descoberta da estrutura do DNA e a possibilidade de sequenciamento do genoma humano acarretou na transformação da biologia e na alteração da compreensão do ser humano, que passa a ser, em grande parte, identificado com as informações contidas em seu próprio corpo (CORREA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 40). Tal fato acarretou, ainda, na possibilidade de reestruturar-se o corpo humano, por intermédio da engenharia genética e, conseqüentemente, impôs a necessidade de refletir sobre as promessas e os dilemas de atividade. A este respeito: SANDEL, Michael J. Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética. Tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

²¹⁸ Esta questão é, também, objeto de reflexão por parte de diversas ciências, não somente da Ciência Jurídica. Assim, destaca-se a lição de Martha Ramírez-Gálvez: “A clínica médica afirmou seu poder

consequente, a preocupação de se estender ao DNA a mesma proteção conferida ao corpo. Da mesma forma, o sêmen, os óvulos e embriões depositados em bancos, constituem material que, além de permitir a identificação do seu titular, estão estreitamente relacionados à questão do planejamento familiar e, portanto, dentro de um contexto de construção de um projeto de vida individual.²¹⁹ O corpo deixou de ser compreendido como mero corpo-máquina, como aquela visão histórica inicial, fundada na organicidade, passando a ser um corpo-informação.

Não se olvide, ainda, dos avanços na área da clonagem, na de transplante de órgãos e de tecidos, todas elas decorrentes do desenvolvimento de técnicas de utilização de partes destacadas do corpo humano, renováveis ou não, fator que põe em evidência, que o corpo não deve ser observado tão somente sob o enfoque de sua totalidade, mas, também e principalmente, sob o enfoque da possibilidade de sua decomposição.

Essas partes destacadas do corpo humano contêm importantes informações sobre a individualidade da pessoa, razão pela qual a separação física não tem o condão de romper este vínculo orgânico, fato que merece consideração, também, no âmbito jurídico.²²⁰ Observa-se, portanto, uma mudança na forma de representação convencional do corpo, uma reinterpretção do seu conceito e de seu elemento constitutivo, a fim de abranger não só o

através da hegemonia tecnológica. O poder da tecnologia visual, por exemplo, radica na sua capacidade para tornar o corpo transparente e facilmente penetrável, transformando as maneiras de mapear e perceber corpos e pessoas. Nas últimas décadas do século XX, a técnica cinematográfica é acoplada ao microscópio para capturar aspectos micro do interior do corpo, passando do escrutínio da superfície ao da profundidade. Nessa configuração das tecnologias visuais aplicadas à medicina, a célula, imperceptível a olho nu, passa a existir como uma representação abstrata, obtida somente através de sofisticados microscópios, contribuindo para a construção de novos códigos visuais em relação não só ao organismo, senão também à vida. O uso mais recente de tecnologias digitais estaria em relação com a construção de um entendimento peculiar do corpo. O mapeamento do mesmo, na procura de sua *verdade*, não poderia ser feito unicamente através do escrutínio visual, mas também mediante a decodificação das informações contidas nos genes. Nesse sentido, a genética se configura como um novo marcador da diferença, porém ele constitui um marcador invisível, inelutável e além de qualquer contexto histórico e social”.

(RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. Fabricando bebês, vendendo ilusões. In: FONSECA, Cláudia; ROHDEN, Fabíola; MACHADO, Paula Sandrine (orgs.). Ciências na vida: antropologia da ciência em perspectiva. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 209-210).

²¹⁹ Anderson Schreiber, após mencionar a questão relativa à extensão do conceito de corpo humano, para assegurar sua plena proteção, cita, como exemplos, a responsabilidade pela destruição de líquido seminal em banco de sêmen, a colheita de guimbas de cigarro para identificação do DNA de uma possível vítima de crime que havia se recusado a fornecer material para análise, a apreensão da placenta de parturiente que havia se recusado a submeter seu filho ao exame de paternidade para afastar a acusação lançada contra os agentes federais encarregados de sua custódia. (SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo, Atlas, 2011, p. 40).

²²⁰ Adriana Espíndola Córrea assevera com propriedade que as questões relativas às informações genéticas podem ser apreendidas em dois eixos: o primeiro, relativo aos direitos da personalidade, regula a proteção da pessoa de quem são coletadas as amostras biológicas; e o segundo relativo aos direitos de propriedade e dos contratos, regula a apropriação e exploração desses dados. É da dinâmica entre esses dois eixos que formularão as qualificações jurídicas a serem empregadas na análise das questões delas decorrentes (CORREA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 25-26).

corpo como uma totalidade, mas, também, para abranger suas partes, produtos e funções, ocasionando, por conseguinte, uma ampliação do âmbito de autogoverno de cada pessoa e, ainda, uma otimização das suas potencialidades.

Considerando tais aspectos, não há que se aplicar o regime dos direitos da personalidade tão somente se ainda não houver ocorrido a separação de parte do corpo de sua estrutura orgânica original, mas, também, ainda que de forma modulada, quando tal parte já houver sido destacada. A retirada, por exemplo, de um óvulo não permite, tão somente por este fato, que tal célula seja, imediatamente, colocado sob um regime de disposição semelhante àquele atribuído aos bens econômicos, posto que qualquer produto, órgão ou função do corpo humano está indissociavelmente ligado à individualidade de uma pessoa, única e irrepetível.²²¹

Finalmente, imprescindível ressaltar que a importância do corpo para a pessoa, bem como a importância do exercício do direito da personalidade a ele relacionado, faz com que sua proteção seja feita nos planos civil e criminal. Há, no ordenamento jurídico, uma infinidade de tipos penais relacionados à proteção conferida ao corpo²²², e, ainda, na esfera civil, a previsão acerca da indisponibilidade deste bem jurídico²²³, indisponibilidade essa que será abordada nos próximos capítulos.

2.2 DISPONIBILIDADE DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

²²¹ Em que pese o aqui explanado, cumpre anotar que o Supremo Tribunal Federal, em caso de grande repercussão, entendeu que a placenta de parturiente poderia ser recolhida sem sua autorização e, ainda, submetida à exames, ao argumento de que tal produto do corpo era ‘lixo biológico’, mera coisa, cuja obtenção não provocava qualquer agressão à integridade física da pessoa (Supremo Tribunal Federal, Reclamação QO 2040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.02.2002). Não foram considerados, no caso concreto, que o baixo grau de invasão para a coleta de um determinado material não é fundamento suficiente para subtrair-lo de um regime jurídico de proteção aos direitos da personalidade. Com efeito, o que deve ser considerado é o conteúdo desse material que, no caso concreto, carregava importantes informações relativas tanto à parturiente quanto ao filho por ela concebido.

²²² Citem-se, como exemplo, os artigos 129, 145, 157, §3º do Código Penal.

²²³ O artigo 13 da Lei 10.406/2002, que instituiu o Código Civil, dispõe que ‘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’.

A indisponibilidade dos direitos da personalidade, apontada anteriormente como uma de suas principais características, parece, em um primeiro momento, estar em contradição com a análise acerca dos limites e possibilidades dos atos de disposição. Todavia, é certo que o próprio Estado, por meio de seu ordenamento jurídico, atribui força à vontade individual para que a pessoa, em determinadas situações, possa dispor de algum atributo pessoal, sem que isto descaracterize a natureza fundamental de tais direitos.²²⁴

Ressalte-se, mais uma vez, que a disponibilidade aqui tratada não se refere à disposição da titularidade do direito, mas, sim, à disposição de uma parcela representativa deste direito, disponibilidade essa ocasionalmente admitida pelo ordenamento jurídico. Com efeito, nas situações relativas aos atos de disposição dos atributos da personalidade, por vezes o ordenamento irá, por exemplo, conferir validade jurídica à manifestação de vontade, mesmo daqueles que ainda não tem capacidade plena, a fim de privilegiar a construção de seu projeto de vida individual, conforme exposto anteriormente e, por vezes, esse mesmo ordenamento jurídico irá limitar ou até mesmo excluir a possibilidade de dispor de um atributo personalíssimo, ainda que o titular seja plenamente capaz e manifeste sua vontade neste sentido.²²⁵

Observe-se que, com a laicização do Estado, se perdeu a intromissão, no âmbito jurídico, de aspectos religiosos no exercício dos direitos da personalidade, acarretando, conseqüentemente, na retração do aparelhamento estatal em questões dessa natureza, razão pela qual a pessoa passou a ter cada vez mais liberdade para escolher e dispor, colocando-se em relevo sua autodeterminação individual.²²⁶ Da mesma forma, a mudança dos costumes

²²⁴ Discorrendo sobre o consentimento do titular, Adriano de Cupis assevera que a vontade privada não elimina a antijuridicidade de um fato declarado pelo Estado, pois ‘as normas jurídicas não são postas à disposição do arbítrio individual; é sim o direito objetivo que atribui à vontade do indivíduo força para suspender a sua eficácia normativa’ (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 61). Observe-se, ainda, que, conforme lição do mesmo autor, não se trata de dispor do direito propriamente dito, mas, sim, da faculdade de consentir na lesão a este direito, aspecto mais modesto e restrito (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 64).

²²⁵ Necessário ressaltar que até mesmo no campo dos direitos obrigacionais, o ordenamento jurídico não confere à pessoa total autonomia, estabelecendo diversas hipóteses de restrição à validade da manifestação da vontade, como, por exemplo, a negociação de herança de pessoa viva (art. 426CC), não havendo, neste aspecto, diferença em relação ao campo dos direitos da personalidade. O que diferencia a restrição da autodeterminação, nestes casos, é o fundamento da respectiva restrição legal, pois, nesta última hipótese, pretende-se salvaguardar o desenvolvimento da personalidade do titular do direito.

²²⁶ Adote-se, por exemplo, a questão do aborto (nos países que o permitem, de forma ampla ou restrita aos casos de anencefalia, gravidez resultante de estupro etc. como no caso do Brasil), e outras tantas questões nas quais o âmbito religioso e o estatal deixaram de estar indissolúvelmente unidos. A este respeito, a lição de Anderson Schreiber, para quem ‘o tratamento jurídico reservado ao corpo humano sofreu, ao longo da história, profunda influência do pensamento religioso. Visto, por muitos séculos, como uma dádiva divina, o corpo humano era considerado como merecedor de uma proteção superior aos desígnios

sociais, o reconhecimento da existência de uma sociedade pluralística e, ainda, uma maior reflexão sobre aspectos éticos e filosóficos, relativos à pessoa como valor, também propiciaram uma mudança na abordagem de algumas questões, deixando-se de lado eventual autoritarismo ou paternalismo e conferindo-se maior relevo à vontade individual do titular do direito.²²⁷

Por outro vértice, as novas possibilidades de disposição tornadas possíveis pelas ciências e as mudanças na prática médica, não mais com o objetivo exclusivo de curar as enfermidades existentes, mas, principalmente, com o objetivo de melhorar ou alterar a própria vida ou de terceiros, acompanhada, ainda, da publicização da saúde, fez com que alguns aspectos, que antes pertenciam exclusivamente à seara privada, passassem a ser uma questão de interesse social, ocasionando, neste particular, a intromissão do Estado.

Nessas hipóteses de disposição de determinados atributos do próprio corpo não será suficiente, portanto, o elemento formal (capacidade) combinado com o elemento volitivo (declaração de vontade), pois o ordenamento jurídico não atribuirá efeitos jurídicos a tais atos de disposição, ao contrário, expressamente os vedará, ainda que eles estejam em consonância com o projeto individual do titular do direito, entrando, desta forma, na seara da validade do ato.

Equilibram-se, assim, duas tendências opostas: a retração do Estado nas escolhas individuais e, contraditoriamente, a intervenção do Estado nessas mesmas escolhas, agora por razões outras que não a religião ou a manutenção dos costumes. Cabe aqui, portanto, o questionamento acerca de qual o fundamento que rege – ou que deve reger - a intervenção do Estado no âmbito dos direitos da personalidade e, mais especificadamente, no exercício do direito de dispor, ou não, de seu próprio corpo.²²⁸

individuais. O pensamento moderno rompeu com essa perspectiva, recolocando gradativamente a integridade corporal no campo da autonomia do sujeito'. (SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo, Atlas, 2011, p. 32).

²²⁷ Conforme asseverado por Adriano Marteleto Godinho, 'a concessão de relativa autonomia no âmbito dos direitos da personalidade se contrapõe, decerto, ao ideal de excessivo paternalismo do ordenamento sobre a pessoa humana, evitando-se o seu aprisionamento a uma verdadeira ditadura de valores' (GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 15). Anote-se, aqui, como um dos exemplos dessa autonomia individual conquistada, as questões relativas à saúde, nas quais o paciente exerce, cada vez mais, um papel importante em relação à escolha do tratamento médico que lhe será ministrado, podendo, inclusive, recusar-se àquele sugerido pelo médico que o assiste.

²²⁸ Existe um limite para a interferência legítima sobre a independência individual e 'encontrar este limite e protegê-lo contra a invasão é tão indispensável a uma boa condução das atividades humanas quanto a proteção contra o despotismo político' (MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. In: WEFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política. 2º vol. São Paulo: Ática, 2004, p. 201).

Apontam-se diversas correntes acerca da intervenção do Estado na seara dos direitos da personalidade, desde aquela que afirma que o interesse estatal não é senão aquele relacionado à manutenção dos bens individuais, alcançando, portanto, somente os atos praticados em desacordo com a vontade da própria pessoa, como, também, aquela que afirma que o interesse estatal vai além do respeito à vontade individual, abrangendo atos que atentam contra outros princípios do ordenamento jurídico, hipótese em que assumirá uma feição incondicionada e retirará da pessoa, em algumas hipóteses, a faculdade de consentir.²²⁹

Necessário anotar, em primeiro lugar, que a pessoa está no centro do ordenamento jurídico e que o ordenamento jurídico é em função dela e não do Estado. Desta forma, a defesa da pessoa não é uma concessão deste, tampouco uma defesa para a proteção do próprio Estado, mas, sim, o reconhecimento, feito pelo Estado, deste valor que é a pessoa. Em consequência, a liberdade individual não está submetida à autoridade do Estado, ao contrário, o Estado é que se põe a serviço desta liberdade.²³⁰

Não deve ser admitido o paternalismo estatal que impõe a limitação da liberdade e autodeterminação individual, fundado em um critério simplista, de que o Estado pode decidir algumas questões de forma mais apropriada, ainda que contra a vontade da própria pessoa.²³¹ Isto porque o amplo paternalismo estatal ignora a racionalidade humana e reduz a pessoa em instrumento para atingir metas coletivas e, por conseguinte, retira sua dignidade, transformando-a em mera destinatária da norma, ao invés de autora de sua própria história individual.²³²

Deve-se abandonar a infantilização do indivíduo, promovida pelo Estado, com a imposição de um determinado comportamento, pois o mundo não tem meros homens, mas,

²²⁹ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 62-63.

²³⁰ PERLINGIERI, Pietro. La personalit  humana nell'ordinamento giuridico. Camerino: Jovene, 1972, p. 133, 177. Embora não seja o objeto imediato deste trabalho, cumpre consignar que o Estado, além de não poder coibir, no mais das vezes, as mudanças corporais, também não pode obrigar a pessoa a alguma mudança corporal. Santos Cifuentes cita o caso de um prisioneiro que impetrou habeas corpus para não ser obrigado a raspar a barba, ocasião em que o julgador decidiu que o ato vulnerava o direito fundamental do apenado, vulnerando o aspecto relativo ao nascimento natural dos pelos. Faltaria, neste caso, o interesse público ou social e, ante a falta de interesse público, seria atentatória a coer o (CIFUENTES, Santos. Derechos personalíssimos. 2  ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 292).

²³¹ Com efeito, não   possível ao legislador condicionar as formas de viver, pois desconhece, aprioristicamente, quais são as necessidades individuais de cada pessoa, em suas situa es jurídicas existenciais (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 182).

²³² Sobre os conceitos iniciais a respeito de paternalismo, confira-se o artigo de Gerald Dworkin, "Paternalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

sim, pessoas, titulares de direitos da personalidade, protagonistas de suas histórias, que devem exercer por si esses relevantes direitos na construção de sua individualidade e assumir as consequências de suas escolhas. Dessa forma, a interferência estatal somente pode ser admitida em hipóteses excepcionais, fundada em critérios e princípios que tenham como objetivo último conferir ainda maior relevância à pessoa frente à ordem jurídica.²³³

2.3 OS ARTIGOS 11 e 13 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Estabelecidas essas premissas iniciais, importante anotar que o artigo 11 do Código Civil Brasileiro dispõe que o exercício dos direitos da personalidade não pode sofrer limitação voluntária, enquanto o artigo 13 do mesmo diploma legal assevera que é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando essa disposição causar redução permanente da integridade física ou quando contrariar os bons costumes, salvo em caso de exigência médica.

A doutrina, por sua vez, costuma apontar que o ordenamento jurídico permite a disponibilidade dos direitos da personalidade desde que o ato não contrarie a ordem pública, refira-se a bens da personalidade que admitam sua representação parcelar (como, por exemplo, a fotografia, que não representa disposição do direito à imagem propriamente dito), não causem danos permanentes (como, por exemplo, a realização de corte de cabelo), seja motivada por um interesse legítimo do autor ou interesse social reconhecido (como, por exemplo, a doação de sangue para os hemocentros) ou onde o risco seja socialmente aceitável (como, por exemplo, os esportes que envolvem lutas corporais).

²³³ Embora apontando algumas críticas à filosofia liberal do Estado, Will Kymlicka assevera que, para os liberais, proteger a autodeterminação da pessoa é a forma de o Estado respeitá-la em sua individualidade. Aponta, ainda, que a autodeterminação envolve decidir, de forma livre, o que fazer com sua própria vida, eleger o que é melhor para si e reexaminar as decisões já tomadas, o que explica a preocupação liberal tradicional com a educação, a liberdade de expressão, a liberdade de expressão, pois são estas liberdades que capacitam a pessoa a fazer suas escolhas e a questioná-las. Ressalta, finalmente, que o Estado liberal não se contrapõe, de forma definitiva, à política do bem comum, pois também tem como objetivo promover os interesses dos membros da comunidade. O foco liberal não está na liberdade em si, mas na construção livre do projeto de vida (KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 254-268).

Tais apontamentos merecem, contudo, algumas críticas. Com efeito, o Código Civil reflete uma concepção negativista, restritiva, apontando para a impossibilidade de transmissão ou alienação do atributo pessoal, mas o foco deve ser positivista, pois, conforme ressaltado anteriormente, o corpo é elemento da identidade da pessoa, razão pela qual o ordenamento jurídico não pode restringir a afirmação dessa personalidade, salvo em casos excepcionais.²³⁴ A regra, portanto, não é a impossibilidade, mas, ao contrário, a faculdade de disposição de elementos do próprio corpo. Isto porque, se uma autodeterminação excessiva pode implicar na possibilidade de a pessoa se transformar em instrumento de outrem, evidente que um paternalismo excessivo pode retirar a individualidade da pessoa e, conseqüentemente, ofender a sua dignidade.

Em relação ao artigo 13 do Código Civil Brasileiro²³⁵, é certo que há muito não mais se fala em exigência médica. Com efeito, a redefinição dos contornos do consentimento no que se refere ao direito ao próprio corpo causou uma grande transformação, cultural e jurídica, em diversas situações pessoais, dentre elas as situações relacionadas ao tratamento médico ou cirúrgico para fins terapêuticos.

Em tempos mais remotos o paciente era ‘submetido’ a tratamento, ou seja, havia submissão do corpo de uma pessoa à vontade de seu médico, conferindo-se à relação um modelo essencialmente paternalista, onde não se reconhecia a autonomia do paciente para decidir qualquer aspecto do tratamento que lhe seria dispensado. Desta forma, ainda que o paciente, maior e capaz, manifestasse sua vontade de forma livre e consciente, tanto para aceitar como para recusar determinado tratamento, tal manifestação não teria qualquer relevância, salvo se contasse com a anuência do médico assistente.²³⁶

Atualmente, entretanto, e em grande parte pelo influxo das ideias relativas aos direitos da personalidade como bem jurídicos destinados à proteção do projeto de vida de cada pessoa, reconhece-se, sem sombra de dúvidas, que o paciente é ator principal do tratamento

²³⁴ GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 81.

²³⁵ O artigo 13 do Código Civil Brasileiro tem redação igual ao código italiano, elaborado no período fascista, no qual se atribuía ao corpo da pessoa funções perseguidas pelo estado.

²³⁶ Roberto Andorno cita o exemplo de código aprovado nos Estados Unidos da América, em 1847, que prescrevia as obrigações do paciente para com seus médicos com o seguinte conteúdo: ‘A obediência do paciente às indicações de seu médico deve ser rápida e implícita. O paciente não deve nunca permitir que sua própria opinião vulgar sobre seu estado de saúde possa influir na atenção do médico. Um erro sobre um aspecto particular pode fazer com que tratamentos que em outras circunstâncias seriam adequados se tornem perigos e inclusive fatais’ (ANDORNO, Roberto. Liberdade e Dignidade da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 76).

que se lhe propõe, cabendo a ele a autodeterminação acerca dos procedimentos que deverão ser adotados, desde que, a toda evidência, não impliquem ofensa à dignidade humana.

Com efeito, se não se admite o paternalismo estatal, com muito menos razão há de se admitir o paternalismo médico, devendo ser consignado, ainda, que o artigo 5º, II, da Constituição Federal expressamente assevera que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Desta forma, o vocábulo ‘*exigência*’ não deve ser entendido com outro sentido que não o de ‘*recomendação*’ médica, acatada pelo paciente.

Por outro vértice, o direito ao próprio corpo não pode ser analisado sob uma vertente tão simplista, relacionando-o exclusivamente com a inexistência de dano permanente ou eventual ofensa à ordem pública ou interesse social, pois tal abordagem não distingue ou valora adequadamente todas as formas de exercício deste direito e, portanto, não tem o condão de solucionar adequadamente as diversas situações possíveis. Isto porque, em se tratando do corpo, muitas das espécies de disposições não se referem a uma representação parcelar e implicam uma lesão permanente, mas estão indissociavelmente ligadas à construção de um projeto de vida individual. Não bastasse isso, é certo que definir o que é um interesse social ou um risco socialmente aceitável é matéria difícilíssima, em especial quando se refere a um direito inerente, que guarda relação com os aspectos mais íntimos da personalidade humana e não com aspectos coletivos.

Reconhecer um interesse social em uma questão afeta aos direitos da personalidade é, por vias transversas, pretender atribuir a estes mesmos direitos uma função social, não exclusivamente privada ou individual. É uma forma de mediação entre o interesse coletivo e o individual, entre a política pública e o interesse particular. É fato comum afirmar-se, por exemplo, a função social da propriedade ou da sociedade empresária, a fim de que uma determinada estrutura (a propriedade ou a empresa) seja utilizada para desenvolver outra função, distinta, mas não oposta, daquela para a qual foi criada²³⁷, fato que demonstra a preocupação do ordenamento jurídico com valores outros que transcendem o valor econômico. A funcionalização de institutos para a promoção da pessoa é procedimento comum em diversos ramos do Direito.

Na seara dos direitos da personalidade, entretanto, o que está em discussão é a própria pessoa, razão pela qual não se pode funcionalizá-la ou funcionalizar seus direitos

²³⁷ PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell'ordinamento giuridico. Camerino: Jovene, 1972, p. 21.

personalíssimos para atendimento de outros fins, sob pena de atingir a sua liberdade individual. Em outras palavras, os demais valores são funcionalizados em razão da pessoa, mas a própria pessoa não pode ser funcionalizada pelos demais valores. Em consequência, embora não se olvide que há aspectos econômicos, sociais e políticos envolvidos em cada ato de disposição, o valor da personalidade é unitário e é em favor dele – e não o contrário – que devem ser instrumentalizados todos aqueles demais aspectos.

Cumpra anotar que a apontada característica da indisponibilidade dos direitos da personalidade não conduz à imediata conclusão de que há um interesse público ou social neles envolvido e, conseqüentemente, que seu exercício deve estar em consonância com os interesses da coletividade. O interesse público a ser observado não é senão aquele resultante do reconhecimento da necessidade do respeito de todos pelo projeto de vida individual de cada pessoa. É justamente em virtude da importância da manutenção dos direitos da personalidade para a construção do projeto individual – e não para uma função social – que se afirma acerca da sua indisponibilidade ou indisponibilidade.

Isto não significa dizer, entretanto, que o direito ao próprio corpo não pode, em hipótese alguma, ser funcionalizado, ao contrário, às vezes as circunstâncias do caso concreto exigirão tal funcionalização justamente para permitir o livre desenvolvimento da pessoa titular de tal atributo. Observe-se, entretanto, que tal funcionalização será realizada em favor de um outro direito da personalidade, do próprio titular ou até mesmo de terceiro. Cumpra anotar, ainda, que quando a funcionalização ocorrer em favor de um direito da personalidade de terceiro, isto não implicará, por si só, a constatação de que uma pessoa foi utilizada como um meio para outrem, mas, ao contrário, implicará o reconhecimento daqueles aspectos anteriormente citados, relativos à alteridade, pois a pessoa não vive só e não se desenvolve só, mas, sempre, em sociedade.²³⁸

As normas estatais relativas às limitações no exercício da individualidade devem, ainda, ser inferiores, em quantidade e amplitude, quando comparadas às normas estatais relativas às relações econômicas, pois o princípio fundamental a ser observado é o da autodeterminação. Também deve ser observado que, em uma sociedade múltipla, composta de indivíduos únicos e insubstituíveis, a eventual limitação somente pode ser introduzida em

²³⁸ No que se refere à alteridade, necessário analisar, sempre, se o ato de disposição resulta efetivamente da consciência de que se vive e se desenvolve em sociedade ou, ao contrário, resulta da exclusiva pressão exercida pelo meio social, fazendo com que a pessoa pratique o ato não por uma convicção íntima, mas, sim, como um meio de obter sua inserção social.

defesa de um valor que informe toda aquela sociedade e a fim de assegurar as condições para a vida em comum, sob pena de impor-se uma visão de mundo – de uma maioria legislativa transitória e circunstancial – a toda uma coletividade.²³⁹ Com efeito, a uniformização estabelecida pela norma jurídica parte do pressuposto que todos compartilham um mesmo sistema de valores, os valores da sociedade, premissa que, se incorreta, não permite a construção da individualidade e, conseqüentemente, atenta contra os direitos da personalidade.²⁴⁰

Neste aspecto, necessário salientar que a escolha individual somente é legítima quando feita em um ambiente dotado de alternativas. As limitações ao ato de disposição, previstas pelas normas jurídicas, não podem, portanto, derivar de um mero exercício de autoridade estatal, impondo uma planificação para afirmar sua superioridade ou, ainda, para alcançar uma determinada finalidade.²⁴¹ Isto porque se a relação entre a pessoa e seu corpo não é mera relação de utilidade, com muito mais razão se deve evitar que tal relação de utilidade exista entre a pessoa e o Estado. Cabe, aqui, observar o princípio da autogestão do corpo pelo próprio titular do direito, sem interferências externas.

Da mesma forma, o Estado não pode limitar o ato de disposição sob a alegação da existência de um risco à ordem pública invocando, sistematicamente, o caráter de essencialidade dos direitos da personalidade²⁴², pois a essencialidade refere-se, primordialmente, a um aspecto subjetivo, atinente à relação entre a pessoa e seu corpo, aspecto este que não pode ser objeto de apropriação pelo Estado a fim de justificar uma intervenção para fins coletivos.

Neste ponto, necessário salientar, ainda, que a ordem pública se refere ao conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e estabelecem as bases do ordenamento jurídico. Mas, no caso dos direitos da personalidade, a

²³⁹ PERLINGIERI, Pietro. La personalit  umana nell'ordinamento giuridico. Camerino: Jovene, 1972, p. 67-70. John Stuart Mill há muito já asseverou que 'os homens são mais beneficiados por se permitirem, reciprocamente viver como lhes parece bom do que obrigarem cada um a viver como parece bom aos restantes. (MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política. 2  vol. São Paulo: Ática, 2004, p. 209).

²⁴⁰ Com efeito, a norma jurídica relativa aos direitos da personalidade não pode ter uma tal amplitude que acabe por dissolver a pessoa na comunidade, fazendo-a ficar tão igual a todas as outras que acabe desaparecendo como expressão individual.

²⁴¹ Não é demais ressaltar que o corpo  , também, o principal foco de aten o dos regimes igualitários e totalitários, pois é com base no corpo do indivíduo que se constrói um processo de domina o, uma rela o de poder e política sobre o corpo, a fim de alcançar uma determinada finalidade.

²⁴² CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, p. 63.

ordem pública decorre, diretamente, da Constituição, que repersonalizou todo o ordenamento jurídico. Com efeito, a partir do momento em que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal estabeleceu que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República, ensejando, por conseguinte, a repersonalização de todos os ramos do Direito, é certo que a ordem pública a ser preservada não é, senão, aquela dignidade²⁴³, que compreende, conforme já visto anteriormente, a dignidade como autodeterminação e não somente como restrição.

Necessário observar, também, que o interesse público não deve ser entendido como o interesse estatal, pois o Estado existe para servir a pessoa e não o contrário. O interesse público deve ser analisado sob o aspecto do interesse da coletividade, que, no caso e por força da norma constitucional, também se direciona a atender ao princípio da dignidade humana como autodeterminação, a fim de que os direitos da personalidade alcancem sua finalidade, que é garantir a individualidade de cada pessoa que compõe aquela coletividade. Dessa forma, em virtude da repersonalização do ordenamento jurídico, a ordem pública, no que se refere aos direitos da personalidade, não mais se resume à uma pretensa sobreposição do interesse público sobre o privado.

Em relação aos bons costumes, é fato notório que eles estão atrelados a um determinado espaço-tempo, alterando-se profundamente ao longo dos anos. A tarefa, portanto, de apontar um costume, em uma determinada ocasião, só pode ser realizada com exatidão após um certo distanciamento temporal da época a que se refere, não podendo, conseqüentemente, ser definido de antemão por algumas das ciências, inclusive pela Ciência Jurídica. Dessa forma, somente é possível apontar a ofensa a um costume em casos excepcionalíssimos, quando uma determinada prática se instalou há muito tempo, atravessou gerações e continua, ainda, enraizada no conjunto de valores partilhado por uma comunidade expressiva de pessoas.²⁴⁴

Evidente que, em uma sociedade que pretende proteger o multiculturalismo e a autodeterminação das pessoas, nenhuma prática pode ser obstada, ao argumento de que ofende os bons costumes, em especial quando esse ato não atinge terceiros, e, também, quando o valor não se enraizou no tempo e não é abraçado por um número expressivo de

²⁴³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 191-192.

²⁴⁴ Adote-se, por exemplo, a condenação ao incesto, que é um valor partilhado por um número expressivo de pessoas, há muito tempo.

pessoas, revelando-se, na verdade, tão somente, o exercício de um direito individual de autodeterminação que, por vezes, possa parecer inusitado ou estranho para terceiros.

Por outro vértice, o Estado pode limitar o ato de disposição, ainda que o titular do direito pretenda realizá-lo, quando verificado que o conteúdo daquele ato não atende à realização da personalidade do seu titular ou, ainda, quando aquele ato não está em conformidade com o princípio da dignidade humana, anteriormente analisado. Com efeito, a intervenção do Estado, nos casos de vedação do ato de disposição deve estar, sempre, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. É este princípio que, no plano abstrato, fundamenta a intervenção do Estado em questões relativas ao direito ao próprio corpo, quando da elaboração do ordenamento jurídico e é, ainda, a observância deste princípio que irá, no plano concreto, orientar a ponderação acerca da legitimidade, ou não, desta ingerência em questões individuais específicas.

Necessário anotar que o ordenamento jurídico, quando da análise do ato de disposição de um atributo do próprio corpo, não se contenta com a manifestação de vontade livre e consciente do titular do direito. Ao contrário, conforme será exposto quando for abordado o consentimento, o ordenamento vai além e questiona acerca a motivação do ato, pois somente investigando essa motivação é que será possível verificar se ele está orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, será possível concluir pela possibilidade, ou não, de seu exercício. Observe-se que, quando se tratar de ato praticado em favor de terceiro ou com o concurso de terceiro, a atuação do Estado vai ser ainda mais decisiva, pois é ele, o Estado – e não a própria pessoa – que vai atuar como árbitro para sopesar o interesse de ambos e definir acerca da validade do ato de ingerência do terceiro, no que se refere ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o ordenamento jurídico, no que se refere ao exercício do direito ao próprio corpo, vai atuar na junção de duas vertentes distintas, mas indissociáveis: a vertente objetiva, calcada no dever geral de respeito à personalidade humana; e a vertente subjetiva, fundada na possibilidade de cada ser humano agir em defesa de sua própria dignidade, garantindo, de forma concomitante, os princípios e valores fundamentais da sociedade e, também, a individualidade de cada pessoa.²⁴⁵

²⁴⁵ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 73-74.

A questão acerca da intervenção do Estado nas questões relativas à disposição do próprio corpo será novamente abordada quando expostos alguns dos critérios que devem ser analisados quando do exame dos atos de disposição de atributos corporais. De toda forma, o que deve restar consignado, desde já, é que a vedação, pelo ordenamento jurídico, do ato de disposição de um atributo do corpo deve ser a exceção, introduzida não para atender ao interesse do próprio Estado, mas, sim, ao interesse da pessoa individualmente considerada, a fim de proteger-lhe a dignidade.

3 LIMITES E POSSIBILIDADES DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO

Analisados os principais aspectos doutrinários relacionados à pessoa como valor, sua relação com o próprio corpo e, ainda, sua relação com o mundo que a cerca, encerra-se um ciclo de elementos que servirão de base para as análises a seguir empreendidas. Cumpre abordar, portanto, os atos de disposição em si mesmo considerados, a fim de tentar elaborar a uma sistematização que permita, posteriormente, numa análise empírica, estabelecer quais são os critérios que devem ser observados no exercício de um direito de tal magnitude para a construção da individualidade.

Todavia, primeiramente faz-se necessária uma diferenciação fundamental: a disposição voluntária do próprio corpo não se confunde com o não exercício de um direito relacionado ao próprio corpo. Com efeito, o não exercício corresponde a um comportamento passivo do titular do direito, que escolhe não adotar qualquer atitude em uma determinada situação relacionada àquele direito, enquanto a disposição do próprio corpo encerra um comportamento ativo, por intermédio do qual o titular do direito adota uma posição de limitar seu próprio direito, seja por conta própria, seja por ato a ser praticado por terceiro.²⁴⁶

Afasta-se, assim, a análise de todas as situações em que a pessoa adota um comportamento de inação, concentrando-se o foco de estudo naquelas hipóteses em que há um ato positivo, de efetiva disposição do direito ao próprio corpo, observando-se, ainda, que, embora estejam reunidos sob uma mesma denominação, os atos de disposição são muito diversos entre si, pois tem beneficiários, objeto, finalidades e consequências distintas, cada qual com suas peculiaridades, razão pela qual devem ser, primeiramente, identificadas tais diferenças.

²⁴⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 150. Adote-se, como exemplo, o julgado no qual foi ponderada a autodeterminação de uma pessoa que tinha tuberculose em fase de contágio e se recusava ao tratamento com o interesse coletivo de se evitar a contaminação de um número indeterminado de pessoas, decidindo-se pelo tratamento compulsória do paciente. Neste caso específico, não há um ato de disposição do direito ao próprio corpo, mas, sim, o não exercício de um direito relativo à saúde (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 321). De toda forma, em um ou em outro caso, deve ser ressaltado, mais uma vez, que tais comportamentos referem-se ao exercício deste direito e não, a toda evidência, à sua titularidade.

3.1 ESPÉCIES DE DISPOSIÇÃO

Os atos de disposição diferem entre si quando considerados os envolvidos, os beneficiários, os resultados, a finalidade, o conteúdo, o proveito econômico e momento em que são praticados, admitindo múltiplas possibilidades e combinações, que devem, obrigatoriamente, ser observadas e distinguidas no momento da definição do regime ao qual estão submetidos.

Em relação aos envolvidos, os atos de disposição podem ser praticados isoladamente pelo titular do direito, como, por exemplo, o suicídio e a automutilação, ou depender do concurso de terceiros para sua consecução, como na hipótese de extração de órgãos para doação. Em relação aos beneficiários, os atos de disposição podem destinar-se ao proveito exclusivo do próprio titular do atributo, como, por exemplo, a esterilização terapêutica, podem destinar-se ao proveito exclusivo de um terceiro, como, por exemplo, a doação de sangue, ou, ainda, destinar-se ao proveito de ambos, como na hipótese de venda de cabelos. Em relação ao resultado do ato de disposição, há atos que envolvem diretamente a vida, como o suicídio e a eutanásia, e os que envolvem o direito à integridade corporal, como, por exemplo, as tatuagens e a *body art*.

Em relação à finalidade, há atos de disposição para fins científicos, terapêuticos, culturais, religiosos, estéticos, dentre outras tantas possibilidades. Os atos de disposição para fins científicos tem como finalidade o desenvolvimento de novos medicamentos, técnicas ou tecnologias para a solução de alguma questão relacionada ao ser humano. Aquele que dispõe do seu corpo para tal finalidade não está, necessariamente, com alguma enfermidade, tampouco o seu ato de disposição visa, de forma imediata, a recuperação da saúde própria ou de uma pessoa determinada. Ele dispõe-se, entretanto, a seguir determinados protocolos de uma pesquisa científica, para testar novas terapias, medicamentos ou procedimentos, em homenagem a um sentimento de solidariedade e de interesse humano.

Os atos de disposição para fins terapêuticos tem como finalidade a cura de alguma enfermidade e podem ser praticados no interesse próprio ou de terceiros. A cirurgia para a esterilização, no caso de uma possível gravidez resultar em grave risco à saúde, é um claro

exemplo de uma disposição para fins terapêuticos próprios, enquanto a doação de órgãos é um exemplo de disposição para fins terapêuticos de terceiros.

Há, ainda, atos de disposição para fins não relacionados à saúde própria ou de terceiros, mas, sim, para fins culturais ou estéticos (tatuagens, colocação de brincos, introdução de determinados adereços nos lábios em comunidades indígenas, a *body art*, a *body modification*, dentre outros), para fins religiosos (flagelação e circuncisão)²⁴⁷, para fins relativos à acomodação de uma vontade pessoal (a mutilação no caso dos *wannabes*²⁴⁸ ou até mesmo, em algumas hipóteses, a esterilização reprodutiva²⁴⁹), a fins esportivos, orientados ao congraçamento, aceitação pessoal ou regozijo advindo das conquistas obtidas (competições e esportes que impliquem lesões, como lutas marciais).²⁵⁰

Em relação ao objeto do direito de disposição, os atos podem estar relacionados a um produto, parte ou função do corpo. Os produtos são aquelas substâncias que, embora não façam parte da estrutura do corpo, são por ele produzidos, como, por exemplo, o sangue, o leite, o cabelo, sêmen, óvulos etc. Observe-se que, em regra, os produtos do corpo são renováveis (como, por exemplo, o sangue), mas, também podem não o ser (como, por exemplo, os óvulos). De toda forma, mesmo os não renováveis ainda assim são considerados produtos porque não fazem parte da estrutura orgânica do corpo, no que se refere ao seu

²⁴⁷ Curioso observar que a religião, enquanto incentiva atos de disposição de uma determinada espécie, como aquelas anteriormente citadas, tende a não incentivar ou até mesmo condenar outros atos de disposição, como a *body art*.

²⁴⁸ *Wannabes* ou *amputees-by-choice* é a designação dada a pessoa que, por um querer íntimo, deseja livrar-se de algum membro do seu corpo, como a perna ou o braço. Esta mutilação não tem a finalidade de arte e, também, não tem a finalidade terapêutica, mas, sim, à acomodação de uma vontade individual resultante da inadequação anatômica manifestada pelo titular do direito (SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo, Atlas, 2011, p. 45).

²⁴⁹ Em relação à esterilização reprodutiva da mulher, cumpre consignar que o mesmo ato pode ter distintas finalidades terapêuticas ou não. Isto porque a hipótese de esterilização de uma mulher que corre o sério risco de vida caso venha a engravidar pode estar relacionado é um ato de disposição distinto, quanto à finalidade, da esterilização de uma mulher que, simplesmente, não pretende ter filhos e busca tal cirurgia como uma forma de planejamento familiar.

²⁵⁰ Em relação às lutas e outras atividades esportivas das quais possa advir dano à integridade física, não é demais ressaltar que há autores que não as relacionam como atos de disposição do próprio corpo. Com efeito, Adriano Marteleto Godinho, por exemplo, assevera que os atos de disposição do próprio corpo exigem a prática de um ato deliberado de uma determinada pessoa, no sentido de dispor de um atributo pessoal, enquanto nessas atividades esportivas não há uma atuação deliberada neste sentido, mas, tão somente, a assunção de determinados riscos, que podem vir, ou não a causar lesões à integridade física (GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 153). Todavia, não é demais ressaltar que as práticas esportivas podem, ou não, envolver atos deliberados de disposição da integridade física. Com efeito, enquanto há esportes em que o risco da lesão é mínimo e, se verificada, é por ato não intencional praticado pelo próprio titular do direito (como, por exemplo, uma torção em um jogo de tênis), há esportes em que o risco da lesão é consideravelmente maior, quase certo, razão pela qual deve ser objeto de prévio consentimento esclarecido (como, por exemplo, as lutas) (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 276, 279).

funcionamento ou, ainda, porque existem em quantidade suficiente no corpo humano, razão pela qual, em tese, a disposição de uma parte desse produto não repercutirá de forma decisiva e permanente na redução da integridade física do titular do direito.

As partes do corpo, por sua vez, são aqueles elementos não renováveis, que não existem em profusão no corpo humano e que fazem parte da sua estrutura, como a córnea, os órgãos, singulares ou não singulares, ossos, dentre outros, ou seja, aqueles elementos que, retirados do corpo, implicam na redução da capacidade orgânica e em uma lesão permanente.

Por fim, função do corpo não se refere a um produto ou parte do corpo, dele passível de cisão, mas, ao contrário, refere-se à um processo desenvolvido pelo corpo, processo este que pode ser objeto do ato de disposição, como, por exemplo, a função reprodutiva na hipótese da maternidade por sub-rogação.

Em relação ao proveito econômico, os atos de disposição podem ser gratuitos (doação de órgãos, por exemplo) ou onerosos (como a venda de cabelo). Observe-se, ainda, que a onerosidade não implica, necessariamente, a entrega de uma quantia em dinheiro, pois pode ocorrer um benefício indireto, como, por exemplo, aquela hipótese em que uma pessoa dispõe de um produto ou parte do seu corpo para, em troca, receber alguma espécie de tratamento médico.

Finalmente, em relação momento da produção dos efeitos da disposição, há aqueles atos que são executados para gerar efeitos ainda durante a vida do titular, como a doação de sangue, e aqueles que são executados para gerar efeitos após a morte do titular, como, por exemplo, a doação do corpo para experimentos científicos ou universidades ou para a doação de órgãos.²⁵¹

Desta forma, não se pode pretender estudar ou analisar os atos de disposição sob uma ótica única, porque pode haver um ato com finalidade terapêutica, mas oneroso, ou, ainda, um ato com resultado importante em relação ao direito à vida, mas gratuito. Pode haver, também, um ato de disposição de um produto do corpo praticado em favor do próprio titular, mas com

²⁵¹ Em relação a tal aspecto, necessário anotar que embora a Lei 10.211/2011 disponha que cabe ao cônjuge ou parentes até segundo grau decidir acerca da remoção de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoa falecida, o artigo 14 do Código Civil, dispõe que a própria pessoa pode dispor em vida acerca do próprio corpo, para depois da morte, desde que pretende objetivo científico ou altruístico. Reafirmando a autonomia pessoal, o Enunciado 277 da IV Jornada de Direito Civil, editado ainda na égide da lei anterior, estabeleceu: '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'.

o auxílio de terceiro, bem como um ato de disposição de uma função do corpo ser praticado exclusivamente em favor de terceiro. São múltiplas as possibilidades de combinação destes aspectos, razão pela qual cada espécie de ato exige, para melhor desenvolvimento e proteção dos atributos pessoais respectivos, um enfoque diferenciado, com a adequada ponderação de todos as questões envolvidas.

3.2 ANÁLISE EM ESPÉCIE

Demonstrada a possibilidade de disposição, em determinadas circunstâncias, de produtos, partes ou funções do corpo, suas diferentes finalidades e pessoas envolvidas, cumpre abordar alguns poucos atos de disposição em espécie a fim de, a partir deles, demonstrar que um mesmo atributo pode estar submetido a diferentes regimes de disposição, dependendo das demais circunstâncias envolvidas em cada um deles. A análise ora apresentada, parcial e limitada aos aspectos essenciais de cada ato de disposição a seguir abordado, destina-se a tentar traçar, em um segundo momento, os principais critérios que devem ser utilizados para o adequado enfrentamento da matéria no que se refere a todos os demais atos de disposição.

3.2.1 A doação de sangue

Adote-se, como primeiro exemplo, os atos de disposição de um produto do corpo, no caso, sangue ou cabelos. Ambos os produtos são renováveis, podem ser retirados com pouca ou quase nenhuma intervenção no corpo e sem risco à vida da pessoa e não se destinam, de forma imediata, a permitir a construção de um projeto de vida individual do titular do direito.

Todavia, há diferenças substanciais no regime a eles atribuído, pois, no caso do cabelo, o ordenamento jurídico permite sua livre disposição, a título gratuito ou oneroso, enquanto no caso do sangue, o ato de disposição somente é permitido se praticado gratuitamente.²⁵²

Questiona-se, assim, o que justifica essa diferenciação entre tais espécies de disposição, sendo forçoso reconhecer que embora tais produtos possuam elementos que os aproximam, possuem, também, diferenças substanciais que fundamentam seu tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico. O primeiro ponto a ser considerado é que o corte de cabelo é um ato rotineiramente praticado pela pessoa, inserido no âmbito dos costumes, independentemente de atribuir a este produto alguma outra destinação ou simplesmente descartá-lo. A retirada de sangue do corpo humano, por sua vez, não é ato rotineiro, inserido no cotidiano das pessoas a fim de atender a um costume social, ao contrário, é ato excepcional, praticado sempre com uma finalidade específica, ou seja, visando alguma outra destinação e não o mero descarte do referido produto.

O segundo aspecto a ser considerado é que o sangue, ao contrário do cabelo, é transmissor de diversas doenças graves, razão pela qual o Estado pretende ter maior controle sobre a captação e distribuição de tal produto, a fim de tentar minorar os riscos advindos de uma eventual contaminação em massa, transmitindo, assim, segurança e confiabilidade ao sistema erigido para tal finalidade.

O terceiro aspecto a ser considerado é que cabelo não é um produto intrinsecamente relacionado à saúde física, própria ou de terceiros, embora possa trazer benefícios a quem o recebe (seja um benefício meramente estético ou, ainda, um benefício emocional). Por outro vértice, o sangue está, indissoluvelmente, relacionado à saúde física de quem o recebe, sendo que a sua falta em quantidade suficiente no organismo pode acarretar em uma importante lesão ao direito à vida.

Forçoso reconhecer, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro, neste aspecto, faz a valoração não do objeto da disposição propriamente dito (produto do corpo), mas, sim, da finalidade ou destinação do ato e, baseado no valor dela extraído, delimita a possibilidade e o limite de sua disposição, funcionalizando o direito da personalidade do titular do atributo não em favor de um outro direito qualquer, mas em prol de um direito da personalidade titularizado por terceiro. Atribuí, neste aspecto, uma ênfase à feição promocional do direito da

²⁵² A Lei 10.205/2001 prevê, em seu artigo 1º, acerca da gratuidade do ato relacionado à disposição do sangue. Ressalte-se, entretanto, que nem sempre foi assim, pois já houve, no Brasil, o livre comércio de sangue.

personalidade e ao princípio da solidariedade, em detrimento de um interesse meramente econômico.

É certo que se pode argumentar que a oferta de um pagamento como contrapartida pela disposição do sangue poderia motivar alguns ‘doadores’ adicionais e, portanto, incrementar os estoques de sangue. Por outro vértice, também é certo que, ao se estabelecer uma motivação extrínseca (o pagamento), diminui-se a motivação intrínseca (o sentimento de fraternidade, a disponibilidade do doador em contribuir para um bem público). Com efeito, muitos daqueles que optam por doar seu sangue gratuitamente, em virtude de uma convicção íntima quanto ao civismo do ato praticado, poderiam acabar deixando de fazê-lo caso o ordenamento jurídico introduzisse a possibilidade de contraprestação monetária.²⁵³ Desta forma, a opção do ordenamento jurídico, ao estabelecer a gratuidade do ato de disposição, está relacionada ao reconhecimento de que, em questões que envolvam a fraternidade humana, qualquer recompensa financeira, longe de incentivar o ato, terá o efeito de inibir e constranger aqueles que, graciosamente, o praticariam, resultando, assim, no efeito de atentar contra o direito da personalidade daquele que necessita deste produto do corpo humano.

Forçoso reconhecer, portanto, que a razão de se proibir a disposição de um determinado atributo corporal pode derivar de questões jurídicas, como a dignidade da pessoa humana, que orienta toda a análise dos direitos da personalidade, mas, também, pode derivar de questões não jurídicas, como o altruísmo, que também é um valor compartilhado pela sociedade.

São vários, portanto, os fatores considerados para submeter o sangue a um regime diferenciado de disposição em relação ao cabelo: a estreita ligação entre o produto-sangue e a saúde de um terceiro que dele necessita; a relevância do princípio da fraternidade e solidariedade no âmbito jurídico; e, finalmente, o fato de ser contraproducente a introdução de qualquer contraprestação monetária, pois longe de fomentar a disposição de tal produto, haveria uma redução de atos desta natureza, bem como a inserção de um custo para a obtenção de tal bem, dificultando a promoção da personalidade do paciente.

²⁵³ A respeito do binômio compra-doação de sangue, diversos são os estudos realizados por economistas que acabaram apontando tal tendência. O economista Bruno Frey, em artigo intitulado *Motivation and human behavior*, aponta a falha do pensamento de que as pessoas sempre estariam inclinadas a dispor de qualquer coisa desde que a recompensa material fosse maior, pois tal incentivo não funciona para atos que envolvam a concepção de uma espécie de voluntariado (FREY, Bruno. *Motivation and human behavior*. Disponível em: <http://www.bsfrey.ch/articles/337_00.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014).

3.2.2 A esterilização

Adote-se, como segundo exemplo, aquela relacionada à função reprodutiva. A supressão de tal função é um ato de disposição por intermédio do qual, após a utilização de um medicamento ou da realização de um procedimento, o titular do direito acaba por abolir uma função de gerar um novo ser, estando o ato, portanto, relacionado à sua eventual descendência. A supressão da função reprodutiva pode dar-se por diferentes métodos, por diferentes motivos e, ainda, ter diferentes consequências.

Com efeito, o titular do direito pode fazer o uso de pílulas anticoncepcionais, submeter-se ao implante de dispositivos intrauterinos ou, até mesmo, à realização de um procedimento cirúrgico. Em uma ou em outra hipótese, entretanto, deve ser observado que, embora existam diversas possibilidades, o ato pode ser reversível ou implicar a perda definitiva de tal função, ressaltando-se que a cirurgia é, via de regra, o ato com o menor grau de falibilidade, embora, também, aquele dotado do maior grau de irreversibilidade.

Cumprе anotar, ainda, que a esterilização reprodutiva pode ter fins terapêuticos, no caso em que se pretende evitar uma gravidez de alto risco ou, ainda, quando se sabe portador de uma grave doença genética. A esterilização também pode ter fins não terapêuticos, como no caso de o ato de disposição ter como finalidade, tão somente, evitar uma gravidez indesejada, hipótese que não se refere à uma questão de saúde, mas de conveniência pessoal.

A subtração de uma importante função do corpo pode, portanto, dar-se por diversos meios e para atingir finalidades distintas, o que levaria ao questionamento acerca dos limites e das possibilidades da esterilização. Neste caso específico, o Estado permite o ato de disposição não somente quando se trata de uma questão de saúde, mas, também, quando o ato de disposição atende a uma exclusiva conveniência individual do titular do direito, embora, nesta última hipótese, imponha algumas condicionantes.

Mas esta nem sempre foi a percepção em relação à questão, haja vista que, anteriormente, a cirurgia em corpo saudável era considerada crime, independentemente do

consentimento do titular, pois importava em intervenção desnecessária do organismo.²⁵⁴ O melhor desenvolvimento e sedimentação dos direitos da personalidade – muito mais do que as alterações sofridas no âmbito criminal – acabaram por resultar na modificação daquela antiga concepção, pois a função reprodutora não é imprescindível para a saúde ou para a vida da pessoa, na qual se reconhece a plenitude, independentemente de ela gerar ou poder gerar um novo ser. Ato contínuo, tal reconhecimento acabou por obstaculizar a intervenção do Estado em uma decisão que se firmou como uma opção individual.

Com efeito, a cirurgia de esterilização não atinge direito de terceiro, tampouco é praticada em favor de terceiro, pois não gera uma parte do corpo que pode ter uma outra destinação. Não há, neste aspecto, qualquer possibilidade de que o ato resulte em promoção de um direito da personalidade de terceiro ou, ainda, algum risco de que a pessoa seja induzida a praticar o ato para atender a uma necessidade de outrem. A procriação é ato intrinsecamente pessoal, relativo à construção de um projeto de vida individual e relacionado ao planejamento familiar. Por fim, o Estado não pode impor tal função às pessoas, razão pela qual também não pode cercear o exercício do direito à supressão de tal função e, conseqüentemente, não há interesse que legitime eventual restrição normativa ao ato de disposição.

Necessário observar que se o Estado não pode impedir o ato de disposição, também não pode decidir qual dos métodos será utilizado para a consecução de tal fim (pílula, dispositivos ou cirurgias). Isto porque, nesta seara, o direito ao próprio corpo abrange não somente o objetivo a ser alcançado (a esterilização), mas, também, o meio pelo qual tal objetivo será atingido. Em outras palavras, garante-se não somente a liberdade do ato (esterilização), mas, também, a liberdade de ação (dentre as várias possíveis), prestigiando-se, assim, a necessidade de se garantir às pessoas escolhas legítimas e genuínas, que compreendam não somente o conteúdo do ato, mas também os meios pelos quais pode ser alcançado, questão que será novamente abordada quando da análise do consentimento.

Necessário consignar, contudo, que no que se refere à esterilização para atender a uma vontade individual, a Lei 9.263/96, estabelece algumas condições, como idade mínima de 25

²⁵⁴ HUNGRIA, Néilson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 1958, p. 324. Neste aspecto, cumpre anotar que ainda no ano de 1996, o então Presidente da República vetou alguns artigos da Lei 9.263/96, ao argumento de que não era lícita a esterilização em corpo sadio, importando em clara mutilação e, portanto, em crime. Tal veto foi, posteriormente, derrubado pelo Congresso Nacional, mantendo-se a possibilidade de esterilização em toda e qualquer hipótese, desde que observados alguns requisitos ali elencados.

anos ou a existência de dois filhos vivos, bem como impõe a necessidade de obtenção de consentimento do cônjuge. A toda evidência, a lei recebeu inúmeras críticas, pois não há nenhum interesse da coletividade a ser preservado²⁵⁵, apto a justificar a imposição de tais condições. As consequências advindas dos atos de esterilização são suportadas, exclusivamente, por aquele que consente com a prática do ato, em um verdadeiro exercício de sua autodeterminação pessoal, que deve ser respeitado incondicionalmente.²⁵⁶

Trata-se, portanto, de um paternalismo descabido, sob a justificativa de evitar o eventual arrependimento do titular do direito, ou, ainda, um paternalismo mais relacionado às circunstâncias econômicas e sociais do país. De uma forma ou de outra, a norma pretendeu resolver questões outras, impondo, em contrapartida, não a correção daquelas situações que geram o receio à uma indevida esterilização, mas, sim, impondo uma verdadeira restrição ao exercício de um direito da personalidade, o que não se afigura adequado ante o exposto anteriormente, pois fere a autodeterminação pessoal daqueles que não preenchem tais requisitos e, por conseguinte, ofende o princípio da dignidade humana.

De toda forma, forçoso reconhecer que não há limitação do ato em si – há, somente, a imposição de condicionantes - e, portanto, neste aspecto, o ordenamento jurídico não faz qualquer valoração acerca do objeto da disposição propriamente dito (função do corpo), tampouco acerca da finalidade do ato (terapêutica ou não terapêutica) ou de suas consequências (a supressão da função reprodutiva). Atribui, em que pesem as críticas acima expostas, uma ênfase ao princípio da autodeterminação pessoal para a construção da individualidade da pessoa.

3.2.3 A transgenitalização

²⁵⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 288.

²⁵⁶ A Lei do Planejamento Familiar é, inclusive, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5097, ao argumento de que condicionar a realização de cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro constitui ato atentatório à autonomia corporal. Não seria, contudo, difícil perceber uma possível inconstitucionalidade ainda mais ampla, por impor o cumprimento dos demais requisitos temporais ou quantitativos para o exercício deste direito da personalidade.

Uma terceira hipótese de disposição também merece atenção para a elaboração deste panorama, qual seja, a hipótese da transgenitalização, que vai além da supressão da função reprodutiva, pois importa em um ato reconfiguração ou alteração morfológica do corpo, ou seja, na modificação de sua aparência externa, a fim de adequá-lo à vontade exteriorizada pelo titular do direito.²⁵⁷ Cumpre anotar que a transgenitalização não coloca em risco a vida da pessoa e também não atinge direito de terceiros, razão pela qual, em tese, poderia ser sempre admitida.²⁵⁸ No entanto, o Estado vai, nesta hipótese, perquirir acerca da finalidade e consequências do ato de vontade externado pelo titular e somente admitir a disposição quando ela visar atender um objetivo terapêutico, qual seja, adequar o sexo morfológico ao sexo psíquico da pessoa.

Observe-se que tanto a transgenitalização quanto a esterilização implicam a supressão da capacidade reprodutiva, mas, naquela hipótese, o Estado não permitirá a realização do ato quando ele estiver fundado em mera conveniência pessoal. Ao contrário, irá questionar se a questão terapêutica está sendo observada, funcionalizando o exercício do direito ao próprio corpo em razão do exercício de um outro direito, que é o direito à saúde.

Forçoso reconhecer, portanto, que, no caso da transgenitalização, não é a natureza, ou melhor, a espécie do ato de disposição que permite a realização ou não do ato de disponibilidade, mas, sim, a sua finalidade e consequências. No caso, o Estado não permite ou proíbe o ato em termos absolutos, ao contrário, ele perquire a que fim atende aquele ato e se ele terá como consequência a promoção da personalidade do titular do direito. Se observado que o ato atende a uma questão patológica, psíquica ou biológica, permitido será o ato de disposição. Por outro vértice, se constatado que se trata de pessoa em perfeitas condições mentais, psíquicas e biológicas, o ato cirúrgico não será permitido, pois a motivação não está em consonância com a dignidade da pessoa, ao contrário, pode, inclusive, frustrar seu projeto de vida.

A autodeterminação, nesta hipótese, não é ilimitada, mas, ao contrário, ela é limitada pela finalidade do ato. A disponibilidade, no caso concreto, somente será admitida quando ela

²⁵⁷ Cumpre anotar, aqui, os questionamentos acerca de a cirurgia de mudança de sexo não alterar a identidade natural da pessoa que a realiza e, ainda, o seu papel de criatura e não de criador (CAMARGO, José Aparecido. Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres: a manipulação das mentes e corações no mundo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 235).

²⁵⁸ O Enunciado 276 da IV Jornada de Direito Civil dispõe que: ‘O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

for em benefício próprio, fundado em uma necessidade terapêutica.²⁵⁹ O Estado põe-se a construir, portanto, os mecanismos que garantam que a prática do ato de disposição tem fim terapêutico e está em consonância com a real intenção da pessoa. Assim, a transgenitalização prescinde de uma autorização judicial, mas exige a formação de uma comissão médica, comissão esta que não tem como finalidade impor algum obstáculo ao ato de disposição, mas, tão somente, garantir o adequado diagnóstico e, ainda, que o consentimento seja realizado em um ambiente de ampla informação acerca das consequências e possibilidades.²⁶⁰

A permissão para o ato de disposição, nos casos de transgenitalização, deve-se ao reconhecimento de que o exercício deste direito está intrinsecamente relacionado à identidade pessoal e à saúde do titular, razão pela qual o direito ao próprio corpo está, aqui, funcionalizado em razão de outros direitos da personalidade do mesmo titular, qual seja, o direito à identidade sexual, caracterizada por uma área orgânica e uma área espiritual, identidade essa que pode ser instalada pela referida intervenção cirúrgica.²⁶¹

3.2.4 A maternidade por sub-rogação

Adote-se, ainda, como quarto exemplo, a hipótese de reprodução assistida, que traz consigo várias inquietações, que vão desde a alteração no conceito que cada um pode formular sobre si mesmo, enquanto ser humano²⁶², até a modificação da percepção da procriação – de natural à artificial –, que contorna os imperativos da união sexual e traz consigo a ideia da vida sob demanda. Com efeito, a reprodução assistida abrange não somente

²⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. *La personalit  umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972, p. 135.

²⁶⁰ A Resolu o CFM n  1.955/2010 dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e estabelece, em seu artigo 4 , a necessidade de forma o de uma equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurg o, endocrinologista, psicólogo e assistente social, que acompanharão o paciente por, no mínimo, dois anos, para possibilitar um correto diagnóstico.

²⁶¹ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalíssimos*. 2  ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 304. A este respeito, confirmam-se as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos de Sentença Estrangeira 11.942-IT e Recurso Especial 1.043.004 RS, que explicitam a ado o, no âmbito jurídico brasileiro, da possibilidade de a pessoa instalar a sua identidade sexual.

²⁶² LECOURT, Dominique. *Humano pós-humano: a técnica e a vida*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 15.

as questões relacionadas à disposição de óvulos, de esperma e de embriões, como, também, a maternidade por sub-rogação, com a disposição da função reprodutiva em favor de terceiro.

A maternidade por sub-rogação tem como principal característica o fato de que uma pessoa dispõe de uma função do seu corpo – no caso, a função reprodutiva – para gerar uma outra pessoa, que, ao após o parto, será entregue a um terceiro. A maternidade por sub-rogação pode vir, ou não, acompanhada do fornecimento de óvulos, esperma ou até mesmo do embrião e causa, muitas vezes, um certo repúdio para o que se convencionou chamar de reificação do ser humano.

No Brasil não há lei que regulamente a doação de óvulos, esperma ou embriões. Todavia o Conselho Federal de Medicina, por intermédio da Resolução CFM nº 2.013/2013, dispôs acerca dessa espécie de disposição, estabelecendo que ela deve ser anônima, ou seja, não se admite que uma pessoa doe um gameta ou embrião para uma pessoa determinada, como, por exemplo, um parente, a fim de auxiliá-lo a gerar um novo ser humano.

Por outro vértice, no caso de maternidade por sub-rogação, a mesma resolução dispõe que as doadoras devem pertencer à família de um dos parceiros, num parentesco consanguíneo até o quarto grau, ou seja, neste caso específico, o ato de disposição somente pode ser feito em favor de uma pessoa determinada e, ainda, que seja parente próximo.

Forçoso reconhecer, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à reprodução assistida, faz a valoração do objeto da disposição propriamente dito (parte ou função do corpo) e, também, dos beneficiários do ato e, baseado no valor dele extraído, delimita a possibilidade e o limite de sua disposição. Atribui, neste aspecto, uma ênfase ao princípio da solidariedade mais restrito no segundo caso e mais amplo no primeiro, em que pese deixar ao largo os eventuais direitos titularizados pelas pessoas geradas a partir de tais técnicas.²⁶³

Conclui-se, dessa forma, que os produtos, partes e funções do corpo não estão submetidos a um mesmo regime jurídico de disponibilidade, quer entre si mesmo considerados, quer em relação aos demais atributos, pois enquanto alguns deles podem ser

²⁶³ Na Grã-Bretanha, a doação de esperma não é mais anônima desde abril de 2005, ao argumento de que as pessoas tem o direito de conhecerem sua origem biológica e, ainda, a fim de evitar o casamento de consanguíneos. No Brasil, a insuficiência de doadores ensejou, inclusive, a importação de sêmen de doadores americanos, cujas amostras são pagas (ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 131-132).

livremente vendidos (como, por exemplo, os cabelos), outros somente podem ser doados (o sangue e os órgãos do corpo, dentre outros). E, ainda entre estes, há diferenciação entre os que podem ser doados somente após a morte (como o coração) e os que podem ser doados ainda em vida (os órgãos duplos, em regra).

A análise destas hipóteses de disposição do próprio corpo tem como finalidade extrair o fio condutor que deve orientar a conclusão acerca da possibilidade ou impossibilidade dos demais atos de disposição. E tal conclusão pode ser obtida somente após o escalonamento, com base no universo dos conceitos e ideias traçadas anteriormente, de quais os valores a serem observados em uma ordem sucessiva de ponderações.

3.3 CRITÉRIOS INFORMADORES PARA A ANÁLISE DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO

Observados os aspectos anteriormente apontados, resta incontroverso que não é possível invocar, no campo dos direitos da personalidade, os mesmos critérios utilizados para a análise do exercício dos direitos patrimoniais. Com efeito, a maior amplitude que se reclama a esse direito não deriva do exercício de propriedade, mas sim do exercício de autodeterminação no que se refere à construção de uma vida singular. Dessa forma, a regra a ser preservada, para a adequada proteção dos direitos da personalidade, é aquela que permite de forma ampla a disponibilidade do atributo pessoal, estabelecendo restrição somente em hipóteses excepcionais.

Há uma tendência de se exigir que o ordenamento jurídico disponha de forma definitiva acerca de quais atos são permitidos e quais são vedados, estabelecendo, de antemão, os limites do exercício do direito ao próprio corpo, a fim de atender um clamor de segurança jurídica. Todavia, tal tarefa não se mostra possível ou razoável, por dois fatores distintos.

Em primeiro lugar, os constantes progressos da ciência tornam possível, a cada dia, novos atos de disposição de elementos do corpo, o que impede que o ordenamento jurídico estabeleça, de forma detalhada e de antemão, as hipóteses de disponibilidade. Em segundo lugar, na análise do exercício dos direitos da personalidade deve ser observada a pessoa em

concreção e não a pessoa em abstrato, razão pela qual os atos por ela praticados não devem ser valorados mediante uma formulação genérica prévia do legislador, mas, sim, valorados em concreto.

Afigura-se, portanto, mais adequado que o ordenamento jurídico não estabeleça, de antemão, quais os atos possíveis de serem praticados pelas pessoas, mas, tão somente, estabeleça quais os elementos a serem observados para concluir pela possibilidade, ou não, do ato de disposição. Impõe-se, portanto, a construção de um arcabouço de critérios, a serem maturados pelos operadores do direito, em consonância com os valores partilhados pela sociedade em um determinado tempo e sociedade, que permitirão não somente a análise dos atos já tornados possíveis, mas, também, dos atos que porventura venham a ser tornar possíveis com o contínuo desenvolvimento da ciência.

3.3.1 O consentimento do titular do direito

O primeiro aspecto a ser observado é a existência de consentimento que, no âmbito dos atributos da personalidade, não se fundamenta, exclusivamente, na vontade livre e consciente, tampouco em um direito de propriedade sobre seus próprios atributos, pois possui contornos próprios, que vão muito além daqueles atualmente atribuídos à figura no consentimento em questões patrimoniais.

Com efeito, em todos os ramos do Direito, o consentimento é de fundamental importância para definir o tratamento das questões que lhe são apresentadas ou, ainda, para

definir o regime jurídico que será aplicado às diversas relações humanas²⁶⁴. Importante asseverar que o consentimento não se confunde com a renúncia do direito, pois, na segunda hipótese, a manifestação da vontade refere-se à titularidade do direito e não se dirige à uma pessoa determinada, enquanto na primeira hipótese, a manifestação de vontade refere-se à forma de exercício de um direito e dirige-se a uma ou mais pessoas, que são diretamente beneficiadas pelos seus efeitos e ficam autorizadas a praticar determinado ato, em consonância com aquela vontade manifestada.

A permissão ou a anuência do titular de um direito é elemento primordial para o ato de disposição de um bem e pressuposto fundamental para atribuir efeitos a uma ampla gama de atos jurídicos. Por outro vértice, o ato jurídico praticado em desacordo com a vontade da pessoa pode ser objeto de invalidação.²⁶⁵

A vontade da pessoa é construída a partir da elaboração mental, seguida de uma fase de ponderação e, finalmente, projeta-se para o exterior, resultando na execução de um ato

²⁶⁴ Cumpre anotar que o Código Civil Brasileiro menciona a imprescindibilidade do consentimento do titular de um determinado direito em mais de 75 (setenta e cinco) artigos distintos, que vão desde questões contratuais até hipóteses de sucessão hereditária. E, não somente no Direito Civil, mas, também, no âmbito do Direito Penal, o consentimento do titular do bem, entendido como o ato de permissão, anuência ou aprovação expressa em relação ao seu direito, é objeto de intensas divergências doutrinárias em crimes estritamente ligados aos direitos da personalidade. Há divergência quanto à posição do consentimento do titular do bem na estrutura do delito, em especial no que se refere à sua natureza, fundamento e o alcance deste consentimento, com importantes reflexos na tipificação ou não tipificação de diversos delitos. (BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, p. 401). Em linhas gerais, é possível asseverar que o consentimento pode, no âmbito do direito penal, constituir causa de exclusão da própria tipicidade, como, por exemplo, no crime de estupro (haja vista que havendo a concordância em manter relação sexual, em regra não há que se falar em crime), e, ainda, no crime de invasão de domicílio (pois havendo permissão do proprietário, desaparece o tipo penal). O consentimento pode, ainda, constituir causa de uma particular tipificação do crime, como, por exemplo, a provocação de aborto com o consentimento da gestante, previsto no artigo 124 do Código Penal, sendo que, neste caso, a presença do consentimento conduz ao enquadramento da conduta em tipo penal específico. Finalmente, o consentimento do titular poderá acarretar na exclusão da antijuridicidade da conduta, eliminando, assim, a ilicitude do fato, como, por exemplo, a intervenção cirúrgica consentida pelo paciente, que afasta o crime de lesão corporal. Observe-se que, nesta hipótese, havendo eminente perigo de vida, o próprio consentimento do titular é dispensável, conforme previsão contida no inciso I, §3º, do artigo 146 do Código Penal. Anote-se, ainda, que, em todas as hipóteses em que o consentimento exerce influência no Direito Penal, seja para excluir o crime, seja para retirar a ilicitude da conduta ou, ainda, para tipificá-lo, há, também, a preocupação com a ausência de vício de consentimento, a fim de preservar a vontade real do titular do direito.

²⁶⁵ Desta forma, o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão contêm, em sua essência, uma deficiência nos seus elementos constitutivos, capaz de permitir a anulação do negócio jurídico. Essas hipóteses de invalidade do negócio jurídico estão previstas nos artigos 138 a 157 do Código Civil. Observe-se, ainda, que a deficiência em relação ao consentimento resulta da constatação da existência de um desequilíbrio da ação volitiva do titular do direito, forçando uma deliberação em desacordo com a sua vontade real. Assim, o ato é considerado defeituoso porque a vontade do agente não se formou corretamente, já que, se não fosse o defeito, a vontade do titular do direito manifestar-se-ia de maneira diversa (THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico. Vol. 3, Tomo 1, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4).

consciente.²⁶⁶ O consentimento tem, portanto, como um dos seus principais fundamentos a possibilidade de autodeterminação do sujeito, ou seja, a sua possibilidade de comunicar uma vontade ou preferência em consonância com o seu querer íntimo. O seu conceito, entretanto, é constantemente revisitado e reformulado, à luz da evolução das normas sociais, motivo pelo qual, por diversas vezes, o ‘consentimento’, puro e simples, mera declaração de vontade, livre e consciente, visando a formação do ato jurídico²⁶⁷, foi sendo adjetivado, para, então, alcançar nova configuração, como o ‘consentimento válido’, o ‘consentimento informado’, dentre outras expressões, a fim de evidenciar a ideia de que o consentimento deve estar em absoluta consonância com o querer da pessoa, ciente de todas as circunstâncias relativas ao objeto da sua manifestação de vontade

Conferiu-se, neste aspecto, relevo à teoria da confiança, garantindo maior destaque à boa-fé e à lealdade na captação da declaração de vontade, em virtude da constatação de que a mera presunção de igualdade formal dos contratantes no momento da celebração do contrato não era suficiente para fazer frente às mudanças sociais e, principalmente, à vulnerabilidade da pessoa em determinadas espécies de contratos.²⁶⁸ A igualdade é, agora, permeada pelo

²⁶⁶ CAMARGO, José Aparecido. Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres: a manipulação das mentes e corações no mundo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 32-33. Não se pode olvidar, contudo, que ao longo da história, várias foram as posições relativas à vontade da pessoa, dentre elas o determinismo, o indeterminismo e o autodeterminismo. O determinismo tem como fundamento a crença de que as ações da pessoa são o resultado de causas antecedentes, provenientes de causas naturais, genéticas e ambientais, ou, ainda da vontade divina, razão pela qual, sob esta ótica, a pessoa não tem vontade autônoma. O indeterminismo, por sua vez, tem como fundamento a crença de que a vontade humana é totalmente sem causa, incerta e aleatória, o que retiraria, da pessoa, a racionalidade e a moralidade. Por fim, o autodeterminismo está fundado na crença de que as causas naturais influenciam o comportamento e a vontade da pessoa, mas os atos são causados por ela mesma, razão pela qual assume a responsabilidade em relação às suas consequências (CAMARGO, José Aparecido. Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres: a manipulação das mentes e corações no mundo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 86-91).

²⁶⁷ Foram desenvolvidas, ao longo do tempo, diversas teorias relacionadas à declaração de vontade. A primeira teoria, denominada teoria da vontade real, tem como fundamento o querer individual do sujeito, sendo a declaração um mero instrumento de revelação de sua vontade. Prevalece, de acordo com esta doutrina, a vontade interna do agente. Todavia, a aplicação de tal teoria acarreta insegurança jurídica, haja vista ser impossível investigar e aferir esse querer individual, restrito ao âmbito do pensamento. Assim, a fim de amparar a expectativa criada com a declaração e trazer segurança jurídica para as relações negociais, foi desenvolvida a teoria da declaração, que tem como fundamento a declaração exteriorizada pelo indivíduo. Prevalece, nesta hipótese, a vontade declarada pelo agente. Entretanto, é certo que, também, tal teoria não se mostra suficiente para oferecer os exatos contornos do consentimento, haja vista que privilegia o destinatário da declaração, sem considerar as condições em que ela – a declaração – foi feita. Desta feita, desenvolveu-se a teoria da responsabilidade, que estabelece que, se houver divergência entre a vontade e a declaração do agente, esta deve prevalecer se o desacordo foi provocado pelo próprio declarante. Finalmente, desenvolveu-se a teoria da confiança, na qual se investiga a divergência entre vontade e declaração sob o ângulo de quem a recebe, a fim de estabelecer se quem a recebeu o fez segundo a boa-fé (THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico. Vol. 3, Tomo 1, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 22-25).

²⁶⁸ Necessário ressaltar que tal fato ocorreu inicialmente no âmbito de disciplinas específicas, como Direito do Consumidor, e, depois, espalhou-se por todo o ordenamento civil, a exemplo dos artigos 113 e

ordenamento jurídico, que impõe ao contratante a transferência de toda a informação que estiver ao seu alcance aos demais interessados na realização de um determinado ato.

Com efeito, a constatação do crescente conflito entre a vontade interna e a vontade declarada, resultantes em especial das novas formas contratuais (tanto no que se refere ao objeto do contrato, como, também, no modo de contratação), fizeram com que o ordenamento jurídico não mais assentasse a validade do ato jurídico exclusivamente na declaração, mas, principalmente, na boa-fé dos contratantes, entendida esta como o dever de agir de forma a não frustrar a genuína confiança da outra parte, respeitando os seus interesses e direitos.

O consentimento somente revela-se apto a produzir seus efeitos jurídicos quando o declarante dispõe de toda a informação que lhe é imprescindível e que está ao alcance do outro contratante. O consentimento não é mera manifestação livre e consciente da vontade, mas, também, a manifestação realizada após o recebimento de ampla informação a respeito do conteúdo do ato jurídico a ser praticado e de suas consequências.²⁶⁹ Há, portanto, a introdução de um novo elemento que, conforme exposto anteriormente, lançou o conceito a um novo patamar, que implica em um consentimento com conteúdo muito mais complexo do que a simples exteriorização de uma declaração.

Não se pode olvidar, entretanto, que as construções anteriores, tanto no Direito Civil quanto no Direito do Consumidor, foram desenvolvidas dentro de uma lógica acentuadamente mercantilista, que tem a circulação de bens como um dos sustentáculos da vida moderna. Essa não é a hipótese do direito ao próprio corpo, ao contrário, conforme ressaltado anteriormente, embora alguns atributos estejam sendo objeto de patrimonialização, o referido direito é essencialmente um direito não patrimonial, pois não se refere a uma propriedade titularizada por uma pessoa, mas, antes disso, a um dos elementos constitutivos desta mesma pessoa.

Conforme exposto anteriormente, a tutela da personalidade, dado o seu caráter de essencialidade, não se adéqua à lógica dos bens patrimoniais em geral, razão pela qual se extrai daquela crítica conceitual o ponto de partida para a redefinição dos contornos do

285 do Código Civil Brasileiro, tornando imprescindível que o consentimento seja fornecido em um ambiente de plena e completa informação, informação essa a ser prestada pelo outro que participa da relação jurídica. Não basta, portanto, que a declaração tenha sido emitida livre e conscientemente, mas, sim, que o receptor de tal declaração tenha atuado de forma diligente, a fim de evitar divergência entre a vontade real e a manifestação exteriorizada pelo declarante.

²⁶⁹ A este respeito, confira-se o contido nos artigos 4º, inciso III, 51, inciso IV, 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor.

consentimento em relação ao direito sobre o próprio corpo. Com efeito, se em cada um dos direitos da personalidade não é inerente a qualidade de ser possuído (ao contrário do atributo distintivo do direito de propriedade), ele não pode ser protegido com fundamento no princípio de uma propriedade privada, mas de uma personalidade inviolável.

Em consequência o consentimento também não deve ser abordado em uma ótica patrimonialista, mas sim com o fundamento de uma eventual violação da dignidade da pessoa humana.²⁷⁰ Faz-se necessária, portanto, a análise dos elementos do consentimento na seara dos direitos da personalidade, a fim de verificar se eles são suficientes para permitir a validade do ato de disposição dos atributos pessoais do ser humano, considerando não mais o ‘contratante’ no estrito âmbito econômico, mas, sim, a ‘pessoa’ em sua esfera existencial.

Ressalte-se que, da mesma forma como ocorre nos direitos patrimoniais – e com muito mais razão – o mero consentimento, enquanto manifestação livre e consciente da vontade, não é suficiente. Isto porque não é de hoje que se afirma que o ‘*homem é o lobo do homem*’²⁷¹, pois, por muitas vezes, uma pessoa, para atingir seus interesses, acaba por impedir ou atentar contra o direito de outra. Ademais, as vezes é a própria pessoa que, por motivos outros, acaba por atentar contra seu próprio direito, frustrando seu projeto de vida.

Necessário anotar, também, que o fato de se colocar em relevo o direito da personalidade, como forma de cada pessoa construir seu projeto de vida individual, colocou ainda mais em evidência o aspecto subjetivo do exercício deste direito, ou seja, a manifestação de vontade do titular como elemento imprescindível para qualquer ato relativo ao seu atributo pessoal.²⁷² Desta forma, o consentimento, nos direitos da personalidade, possui contornos próprios e dois aspectos distintos.

²⁷⁰ Afasta-se, assim, o regime jurídico tradicional, onde, conforme afirmado por Carlos Nelson Konder, ‘a proteção do consentimento é puramente formal, contra vícios extrínsecos que possam macular o exercício pleno da vontade, e o único parâmetro de adaptação às características concretas do agente é a capacidade de exercício de direitos.’ (KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. Revista Trimestral de Direito, vol. 15, junho a setembro de 2003, p. 58).

²⁷¹ Frase originalmente escrita por Tito Mácio Plauto, dramaturgo romano, em sua obra *Asinaria*, e, posteriormente, popularizada por Thomas Hobbes, no livro *O Leviatã*, no qual tem a finalidade de apontar que, no estado natural e sem as convenções sociais, o homem mais forte tende a subjugar o mais fraco, sem levar em consideração suas aspirações individuais, reduzindo-o a condição de um meio ou de um obstáculo à satisfação de suas vontades.

²⁷² Com efeito, conforme afirmado por Ana Carolina Brochado Teixeira, ‘o consentimento inaugura a passagem da concepção objetivada do corpo para uma outra, subjetivada, pois, no contexto democrático, pressupõe o respeito do direito de cada um de governar livremente seu próprio corpo, o que inclui tanto a perspectiva da disposição quanto a da privacidade’ (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 65-66).

O primeiro aspecto é externo, relativo à manifestação de vontade em um ambiente dotado de opções; o segundo aspecto é interno, relativo à possibilidade de livremente escolher entre estas opções, sem constrangimentos ou influências de terceiros, seja de agentes públicos ou privados.²⁷³ O consentimento está, portanto, fundamentalmente ligado à ideia de liberdade de escolha, dependendo não somente do número de escolhas dadas à pessoa, mas, principalmente, na sua aptidão para fazer, por si mesma, uma escolha entre elas. Não basta, desta forma, ter opções de escolha, é necessário, também, ter aptidão para escolher livremente, pois de nada adianta ter diante de si diversas alternativas se, por uma razão ou outra, a pessoa não é capaz de fazer uma escolha genuína entre elas, adequada à construção de sua individualidade.²⁷⁴ A liberdade de escolha está fundada, portanto, na possibilidade de livremente deliberar, experimentar e determinar seus próprios atos.

No âmbito dos direitos da personalidade só é possível alcançar o consentimento válido quando se permite a exposição das pessoas a um ambiente de diversidade social e cultural, que possibilite a existência de uma pluralidade de alternativas, a reflexão sobre elas, a realização de uma escolha e, mais ainda, a realização de uma escolha genuína²⁷⁵, sem qualquer espécie de pressão que acabe por levá-la a fazer a ‘escolha certa’, ou seja, aquela que, de antemão, se esperava obter.

Anote-se que a excessiva supervisão e limites às vontades individuais na seara dos direitos da personalidade implica a produção de pessoas desprovidas de individualidade e de capacidade reflexiva, pessoas que não são indivíduos, mas meras engrenagens da esfera pública, social ou religiosa, privadas de interioridade ou de individualidade, reduzindo, conseqüentemente, sua liberdade para produzir, de forma eficaz, um consentimento

²⁷³ Roberto Andorno põe em evidência dois aspectos da noção de liberdade: um interno e outro externo, ou seja, uma liberdade como querer (liberdade interna), relacionada ao próprio sujeito, e uma liberdade como poder (liberdade externa), relacionada à ausência de obstáculos injustificados à realização da ação desejada (ANDORNO, Roberto. *Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?* In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 75).

²⁷⁴ Carlos Fernández Sessarego assevera que a pessoa vive em permanente guerra civil consigo mesmo, por afirmar sua identidade dentro da trama das relações comunitárias, exigindo que seja considerada pelos demais como verdadeiramente é, ou seja, sem se comportar como um autômato ou, ainda, como um ser submetido a um mimetismo social. Assim, a pessoa só é livre para traçar seu projeto de vida quando livre dos condicionamentos que a constroem e a limitam, sem que outras pessoas lhe imponham um determinado modo de ser, desfigurando sua personalidade (SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 17).

²⁷⁵ Nas palavras de David Miller, ‘Genuine choice requires a certain kind of independence; a free person must ask herself ‘what do I really want or really believe’ and be able to reject second-hand answers. People lose their freedom, in this sense, when the social pressure on them to conform to prevailing conventions or prevailing beliefs becomes so intense that they are unable to resist. Religion and political ideology can both have this effect. (MILLER, David. *Political Philosophy. A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 62).

genuíno.²⁷⁶ Desta forma, a abertura dos horizontes fáticos e jurídicos é requisito primordial para a obtenção de um consentimento que efetivamente represente a vontade individual de cada pessoa.

Observe-se, ainda, a necessidade de ser assegurado não somente a liberdade da vontade, mas, também, a liberdade do agir de cada um. Não basta, por exemplo, assegurar que uma pessoa mantenha a vontade de ser livre, mas não lhe assegurar a liberdade de agir para atingir tal objetivo, pois o não poder querer e, também, o não poder agir em favor daquele querer destrói a pessoa naquilo que ela tem de mais particularmente seu.²⁷⁷

Imprescindível, portanto, que, no âmbito do direito ao próprio corpo, o consentimento seja realizado em um ambiente de múltiplas possibilidades, bem como de prévia, ampla e irrestrita informação, relativa a todas as circunstâncias que cercam o exercício deste direito, anteriores e posteriores ao ato que se pretende realizar - abrangendo a forma de retirada, conservação e utilização de seus componentes, produtos ou partes - com a cognição exauriente dos aspectos favoráveis e desfavoráveis em relação a ele, bem como suas eventuais alternativas, possibilidades e consequências, sem qualquer omissão ou distorção, sob qualquer pretexto.²⁷⁸

O consentimento somente pode ser exteriorizado mediante uma declaração amparada em um cabedal de informações previamente fornecidas, observadas as peculiaridades do caso concreto. A informação prévia e completa integra o próprio conteúdo da relação jurídica, razão pela qual, no momento de seu fornecimento, deve ser dada de forma que possa ser compreendida e adequadamente assimilada. Deve ser observada a capacidade intelectual e cultural da pessoa para entendê-las, atentando-se que cada pessoa irá demandar informações personalizadas ainda que sua condição pessoal possa parecer semelhante com a de outras pessoas. Isto porque as pessoas tem níveis sociais e culturais diferenciados, tem acesso à

²⁷⁶ Não é demais anotar, contudo, que uma maior liberdade, conjugada a uma maior amplitude de escolhas, impõe, também, uma maior responsabilidade pelas suas consequências.

²⁷⁷ SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 17.

²⁷⁸ Joaquim Clotet et al, citados por Cristiane Avancini Alves, asseveram que “A autodeterminação é uma condição necessária ao Consentimento Informado, cuja validade moral e legal depende da capacidade do indivíduo. Essa capacidade de decisão autônoma individual, além das características de desenvolvimento psicológico, se baseia em diversas habilidades, entre as quais o envolvimento com o assunto, a compreensão das alternativas e a possibilidade de comunicação de uma preferência, que nos remetem ao outro componente que é o da informação” (CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto (orgs.) *Consentimento informado e sua prática e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 72, apud ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (orgs.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 118).

informações distintas e possuem hábitos e estilos de vida próprios, que podem influir de forma decisiva na eleição dos meios para a consecução de seu projeto de vida.

Deve-se observar, portanto, a pessoa concreta, não bastando, para a captação de sua vontade, informações genéricas, em formulário previamente preparado para tal finalidade, pois cada pessoa é única e não intercambiável. Ressalte-se, mais uma vez, que o consentimento não é mera adesão à proposta, ao contrário, ele exige entendimento, assimilação e cognição, e deve revelar a exata convicção, adequação, proporcionalidade e necessidade ao fim que se propõe, para aquela pessoa e tão somente para aquela pessoa e não para um grupo indeterminado de pessoas.

O consentimento deve abranger a integralidade da ação, ou seja, a correta identificação do agente e a determinação das circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. Necessário destacar que este consentimento deve ser expresso em relação a cada uma das etapas do processo de disposição do direito ao próprio corpo. Isto porque o consentimento na retirada de um produto ou parte do corpo não significa, automaticamente, no consentimento para que a retirada seja feita de outra forma que não aquela convencionada, tampouco no consentimento para sua utilização para qualquer outro fim que não aquele previamente declarado, ou, ainda, no consentimento para o desenvolvimento de outros produtos a ele relacionados que não aqueles expressamente informados.²⁷⁹

O consentimento deve alcançar a integralidade do resultado pretendido, havendo, portanto, o poder de controle sobre a lesão ao direito da personalidade. Observe-se que, conforme exposto anteriormente, a Ciência alcança, diuturnamente, novas fronteiras, tornando possível o surgimento de outras possibilidades de utilização de produtos ou partes do corpo ainda inexistentes no momento da manifestação do consentimento dado pelo seu titular. Todavia, não se amolda aos estritos limites da disposição do próprio corpo a possibilidade de o receptor daquele produto ou parte do corpo de outrem conferir a ela outra

²⁷⁹ RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 164. Referido autor cita, como exemplo da exigibilidade de um consentimento amplo em cada uma das etapas, o disposto no artigo 22 da Convenção de Oviedo sobre a Biomedicina e, também, no artigo 5º da Diretiva 98/44/CE.

finalidade que não aquela prevista no momento da disposição, pois a seu respeito não houve consentimento prévio e expresso.²⁸⁰

Não preenchidos tais requisitos, não há consentimento genuíno e, por conseguinte, a vontade declarada da pessoa não terá nenhum relevo para a ordem jurídica, pouco importando se o ato ensejou algum benefício. Aqui não se admite interpretação abrangente em relação ao conteúdo do consentimento, tampouco a presunção de consentimento em relação a alguns dos aspectos relativos ao ato de disposição anteriormente realizado, devendo a declaração de vontade da pessoa ser sempre interpretada de forma restrita, não alcançando outros elementos que não foram alvo de prévia e expressa declaração, a fim de permitir a salvaguarda da construção de seu projeto de vida individual.²⁸¹

O consentimento é sempre expresso, restrito e revogável a qualquer tempo. Com efeito, não há que se falar em irrevogabilidade da manifestação da vontade anteriormente exteriorizada, haja vista que, em virtude de ser atributo inato ou intrínseco a cada ser humano, e não um objeto exterior, a sua vontade atual deve sempre prevalecer em relação à eventual vontade anteriormente manifestada ou em relação a outros interesses, pois dotado do caráter de preeminência.

Com efeito, a revogação do consentimento no campo dos direitos da personalidade obedece a critérios absolutamente distintos daquela adotada no campo obrigacional, pois pouco importa o direito da personalidade em questão, ela é sempre admissível. A revogação poderá importar, ou não, em consequências jurídicas relacionadas às expectativas de outrem, mas jamais se admitirá a imposição do cumprimento específico da obrigação. Aquele que, por exemplo, consente com a realização de um transplante pode, a qualquer momento, antes da

²⁸⁰ Giorgio Resta alerta, ainda, sobre a possibilidade de surgimento de outras possibilidades de utilização de produtos ou partes do corpo inexistentes no momento da manifestação do consentimento dado pelo seu titular, fato que, também, demanda reflexão acerca dos limites desta disposição. (RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155). Isto porque não se amolda aos estritos limites da disposição do próprio corpo a possibilidade de o receptor daquele produto ou parte do corpo de outrem conferir a ela outra finalidade que não aquela expressamente prevista no momento da disposição, não lhe sendo lícito utilizar para outra finalidade posteriormente tornada possível pela ciência, salvo se obtido novo consentimento.

²⁸¹ A respeito do fornecimento da informação cumpre, aqui, apontar interessante observação apresentada por Adriano Marteleto Godinho, acerca da prática adotada pelos médicos norte-americanos, relativa à hiperinformação de seus pacientes, com o objetivo de prevenir responsabilidades. Referido autor destaca que a informação tem como finalidade precípua o entendimento do paciente e não a exoneração da responsabilidade do médico, razão pela qual o fornecimento de informações desnecessárias ou exageradas não cumpre o objetivo e, ainda, causa o grave efeito de causar a deturpação da vontade da pessoa e o comprometimento do seu adequado discernimento (GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 113).

sua realização, revogar o consentimento. Da mesma forma, aquele que consente, por exemplo, com a disposição parcelar de seu direito de imagem tem a faculdade de revogar tal consentimento, podendo, entretanto, sofrer as consequências jurídicas daí advindas, que se resolverão, eventualmente, em reparação pecuniária, mas nunca na imposição de uma obrigação de fazer.

O consentimento deve considerar, ainda, a questão relativa ao controle dos dados genéticos. Com efeito, não é demais ressaltar que, a revelação do vínculo entre o corpo e a informação a respeito da pessoa, conforme apontado no capítulo anterior, em especial em virtude das pesquisas relativas aos genes humanos, altera, também, a análise relativa ao consentimento. Se antes o consentimento podia ser estudado quase que exclusivamente sob a ótica da tutela da integridade física e da autodeterminação, atualmente a disponibilidade do material biológico (com a possibilidade de acesso à constituição do genótipo da pessoa e das informações a ela relacionadas) deve apreciar, também, a questão da identidade pessoal.²⁸² Desta forma, qualquer ato de disposição de um elemento do corpo humano que tenha consequências relativas à identificação da pessoa ou, ainda, que revele suas condições físicas ou genéticas, presentes ou futuras, deve, também, levar tal questão à apreciação, pelo interessado, por ocasião da manifestação do consentimento, devendo ser objeto de prévia informação e de expressa declaração.²⁸³

O consentimento deve considerar, também, as questões relacionadas ao grupo que compartilha uma mesma característica, quando se tratar de disposição para fins científicos. Com efeito, o consentimento sempre foi abordado a partir de uma perspectiva singular, voltado à proteção das garantias individuais. Todavia, algumas disposições de partes ou produtos do corpo têm como finalidade subsidiar pesquisas científicas, em especial pesquisas genéticas, hipótese que entra em cena a perspectiva de uma coletividade que compartilha um

²⁸² RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 153.

²⁸³ No mesmo sentido a lição de Adriana Espíndola Corrêa, para quem ‘A obrigatoriedade do consentimento prévio e esclarecido para qualquer intervenção corporal corresponde a uma dessas respostas, que alcançou consenso internacional, sobretudo a partir da segunda metade do século XX. No campo da genética, isso implica a exigência de autorização prévia para coletas de amostras de DNA, mesmo que o procedimento seja de invasão mínima na esfera física da pessoa. Esse princípio é estendido para abranger os elementos imateriais do corpo, como as informações genéticas – o que significa que a autonomia da *pessoa-fonte* deve ser respeitada, igualmente, em relação aos usos futuros da informação extraída de seu corpo’ (CORREA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 126).

mesmo patrimônio genético: grupos familiares, grupos com uma mesma doença, dentre outros.²⁸⁴

Costuma-se apontar, na doutrina, o exemplo de uma cidadã islandesa que pediu a exclusão dos dados genéticos do seu pai, já morto, do cadastro mantido pelas autoridades do seu país. Em um primeiro momento, seu pedido foi rejeitado, sob a alegação de que ela não poderia substituir a vontade do pai, que não se opôs, quando ainda era vivo, à inclusão daquelas informações no banco de dados. Posteriormente, todavia, foi determinada a exclusão, ao argumento de que a interessada defendia direito próprio, pois compartilhava do mesmo patrimônio genético do seu pai e, portanto, as informações ofendiam um direito seu de personalidade.²⁸⁵

Da mesma forma, deve-se ter especial atenção para os atos de disposição feitos por uma pessoa, para pesquisa científica de uma determinada característica genética. Nestas hipóteses, o conhecimento das características de um grupo pode ter implicações sobre todos os seus membros, razão pela qual se consolida a tendência de se exigir o consentimento de todo um grupo de referência.²⁸⁶ Embora seja difícil definir, de antemão, qual grupo deve

²⁸⁴ RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 172.

²⁸⁵ RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 181. O autor aponta que alguns operadores do Direito defendem a aplicação das regras da propriedade, em especial do condomínio, mas ressalta que tal solução não se mostra a mais correta, haja vista que o interesse protegido não diz respeito a um bem patrimonial. Assim, ‘Ainda que o paradigma dominial, caracterizado por uma aura de certeza e rigor conceitual que emana das categorias tradicionais, exercite sempre um grande fascínio no jurista empenhado a resolver problemas novos, não parece que ele esteja em condições de oferecer um suporte válido para a resolução dos problemas trazidos pela pesquisa genética. Nesta matéria, mais do que em outras, há uma extrema necessidade de soluções flexíveis e complexas, e a aplicação do paradigma da propriedade corre o risco de enrijecer além da medida o panorama da relação, obstaculizando uma coordenação equilibrada das posições em conflito’. (...) ‘Por isso, parece mais produtiva uma abordagem das problemáticas levantadas pelo método personalista. Em outras palavras, o compartilhamento dos dados genéticos deveria ser considerado não tanto como fonte de pretensões de ordem ‘possessória’, mas como motivador da aplicação de um estatuto de garantias destinadas à tutela da dignidade e da integridade da pessoa e, portanto, configurando-se como um estatuto de geometria variável, dependendo da concreta classificação dos interesses envolvidos’’. (RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 182).

²⁸⁶ Necessário anotar que nos casos de disposição de elementos materiais do corpo humano para pesquisas científicas, não é a própria pessoa que será submetida à exame, mas, sim, o material por ela disponibilizado, razão pela qual se esse material se refere, de certa forma, a uma característica peculiar, compartilhada por todos os integrantes de uma determinada comunidade, deve haver consentimento do grupo. Todavia, não é demais ressaltar que há bancos de dados genéricos e amostras tornadas anônimas, ou seja, bancos nos quais foi quebrado o vínculo entre o doador e o material (despersonalização do

expressar seu consentimento em caso de disposição de um determinado elemento, é certo que tal tendência tem se tornado cada dia mais presente nos comitês éticos e nas normas internacionais²⁸⁷ e o consentimento, nestes casos, abandona um paradigma individualista, para receber uma abordagem mais complexa, pondo em relevo as implicações comuns a uma coletividade.

A análise do consentimento deve, ainda, observar o comportamento daquele que recebe a manifestação de vontade. Se no âmbito geral do Direito Civil, sob a ótica da boa-fé, já se colocou em evidência o comportamento daquele que recebe a declaração, no âmbito ainda mais restrito dos direitos da personalidade o comportamento do outro é, também, muito relevante. O olhar do outro exerce um papel duplo e contraditório no exercício de um direito desta natureza, pois tanto pode acarretar uma deformação da personalidade do declarante, atribuindo condutas e pensamentos que não lhe são próprios, como, também, pode servir como instrumento para a revelação e confirmação de aspectos de sua própria identidade.²⁸⁸ Desta forma, o comportamento do outro, longe de ser um fato completamente exterior ao consentimento do titular do atributo, a ele se agrega, pois, por vezes, irá amoldar a própria vontade da pessoa. Imprescindível, nesta seara, afastar-se da ótica patrimonialista e promover-se ampla investigação acerca da forma e circunstância em que ocorreu a captação e manifestação da vontade da pessoa sob a ótica do terceiro.

Analisados os principais aspectos do consentimento em relação à disposição do próprio corpo, forçoso reconhecer que ele assume contornos de singular e capital importância, pois se refere ao exercício de um direito que, conforme apontado no primeiro capítulo, é inato e essencial à pessoa. Não há que se falar em consentimento presumido, ainda que em relação a algum aspecto secundário do ato de disposição, mas sim de consentimento efetivo, espontâneo, consciente e genuíno, dotado de uma revogabilidade sem limites temporais ou circunstanciais.²⁸⁹

material genético), hipótese na qual se busca contornar os obstáculos decorrentes do regime de proteção da pessoa e alterar o protocolo relativo à obtenção do consentimento, posto que não haverá uma repercussão da esfera de vida do doador, no que se refere aos seus direitos de personalidade (CORREA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 171).

²⁸⁷ Como exemplo, anote-se o artigo 10 da Declaração sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem da UNESCO, que prevê a necessidade de consentimento de um grupo em caso de pesquisa genética.

²⁸⁸ SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 18-19.

²⁸⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 299. A ausência de um consentimento com tais características foi, inclusive, um dos motivos das críticas à redação original do artigo 4º da Lei 9.434/97, que presumia o consentimento para a doação de órgãos para depois da morte. Atualmente, a

O consentimento, no que se refere ao direito ao próprio corpo é, em síntese, o resultado da vontade individual aliada à sua exteriorização, em um ambiente de ampla informação e múltiplas possibilidades, no qual seja garantida uma escolha genuína, prévia e expressa em relação ao ato, que alcance a integralidade da ação e do resultado, bem como que considere a questão relativa à identificação e controle de dados pessoais, individuais ou de uma determinada coletividade.

A ausência de consentimento amplo e informado invalida o ato de disposição, independentemente de qualquer outro fator ou aspecto a ele relacionado. Com efeito, pouco importa, ante um ato de disposição que não contou com o prévio consentimento do titular, nos moldes anteriormente expostos, alegar-se, posteriormente, eventual benefício advindo de sua realização, pois não se pode construir um projeto de vida à revelia do próprio interessado.

Necessário anotar, por fim, as diversas matizes desse consentimento. Com efeito, nas questões relativas à disposição do próprio corpo, é possível apontar acerca do consentimento tolerante, por intermédio do qual, por exemplo, o paciente anui com a realização de uma intervenção jurídica em favor de si próprio; do consentimento autorizante, por intermédio do qual, por exemplo, a pessoa anui a uma intervenção cirúrgica em benefício de terceiro; e um consentimento vinculante, por intermédio do qual se estabelece um verdadeiro negócio jurídico, geralmente relacionado a um direito da personalidade que não pertença ao núcleo duro.²⁹⁰

3.3.2 A capacidade do titular do direito

O segundo aspecto a ser verificado é, evidentemente, a capacidade do titular do direito, capacidade esta que não se limita àquela capacidade para a prática dos atos negociais

peessoa deve manifestar expressamente, em vida, sua vontade de ser doador de órgãos e, em caso de omissão, caberá aos parentes ou ao cônjuge autorizar a prática do ato (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014, p. 192).

²⁹⁰ GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 100.

em geral, mas, sim, à uma capacidade para a prática dos atos existenciais, o que, por vezes, irá alcançar outras pessoas que não somente aquelas que já atingiram a idade legal.

Observe-se que embora a capacidade possua algumas especificidades em determinados âmbitos do ordenamento²⁹¹, ela é tratada de forma abrangente pelo Direito Civil, que dispõe, já em seu artigo 1º, que toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, estabelecendo, nesta norma, a denominada capacidade de direito ou de gozo, ou seja, a aptidão genérica que toda pessoa tem para exercer seus direitos e contrair obrigações. É capacidade inerente ao ser humano e, portanto, nenhuma pessoa poderá ser privada de tal aptidão.

É certo, entretanto, que referido diploma legal também estabelece distinções entre os diversos sujeitos, em virtude de uma especial condição, dando origem à denominada capacidade de exercício ou de fato. A capacidade de exercício ou de fato consiste na aptidão pessoal para estar à frente do exercício de seus direitos e deveres, sem a necessidade de se fazer assistir ou representar por um terceiro. Ao contrário da capacidade de direito, a capacidade de fato pode ser limitada²⁹² ou retirada²⁹³ pelo ordenamento jurídico, caso seja

²⁹¹ Com efeito, no âmbito penal, em todas as hipóteses em que o consentimento exerce influência, seja para excluir o crime, seja para retirar a ilicitude da conduta, há, também, a preocupação com a aptidão para consentir. Estas situações são, por vezes, analisadas à luz do Direito Civil ou, ainda, clarificadas pelo próprio Código Penal, utilizando-se de preceitos específicos, distintos do regime geral adotado pelo direito privado. Assim, no que se refere à ausência de aptidão para consentir, o §1º do artigo 217-A do Código Penal dispõe sobre o cometimento do crime de estupro contra quem não tem o necessário discernimento para consentir com a prática do ato em virtude de enfermidade ou deficiência mental, causas, também, de incapacidade no Direito Civil. Da mesma forma, ao dispor sobre algumas espécies de crimes contidos contra os incapazes, o referido diploma legal se utiliza de conceitos previstos no Código Civil, a exemplo do artigo 128, inciso II, não havendo, neste aspecto, distinção entre os dois diplomas legais em relação à aptidão para consentir. Por outro vértice, no caso do crime de estupro, releva notar que a capacidade para consentir em manter relações sexuais é conferida aos maiores de 14 (quatorze) anos de idade, afastando-se, assim, do regime geral de capacidade do Código Civil, que prevê a capacidade relativa aos 16 (dezesesseis) e a capacidade plena aos 18 (dezoito) anos de idade. Não há, aqui no Direito Penal, que se falar em representação ou assistência, sendo o maior de 14 anos plenamente apto para exercer, per si, seu direito sobre o próprio corpo. Assim, forçoso reconhecer que a capacidade, no âmbito do Direito Penal, não guarda exata e integral consonância com as normas do Direito Civil, afastando-se, em alguns momentos, deste diploma legal, justamente por considerar que, em determinadas questões, inerentes à própria pessoa e ao seu projeto de vida individual, o consentimento pode ser externado, de forma válida, ainda que não preenchidos os requisitos construídos para o sistema patrimonialista.

²⁹² Conforme disposto no artigo 4º do Código Civil: ‘Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

²⁹³ Dispõe o artigo 3º do Código Civil: ‘Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade’

entendido que a pessoa não possui discernimento suficiente para a prática dos atos isoladamente, hipóteses nas quais, ainda que o incapaz ou relativamente incapaz exprima sua vontade, de forma livre e consciente, somente haverá a atribuição de efeitos jurídicos a este consentimento se ele estiver devidamente representado ou assistido por um terceiro.

Observe-se, contudo, que o regime das capacidades do Código Civil foi desenvolvido como forma de garantir proteção às pessoas, em face de sua especial condição ou estado, e não como forma de limitar ou restringir o exercício de seus direitos ou, ainda, como forma de propiciar o ardil para a prática de atos lesivos. A capacidade deve, portanto, ser sempre analisada sob o ângulo da proteção da pessoa e não sob o ângulo da restrição ao exercício de um direito titularizado por aquela mesma pessoa, aspecto que deve ser colocado ainda mais em evidência quando se analisa o direito ao próprio corpo.

Com efeito, o próprio Código Civil atribui, em algumas situações, validade jurídica ao consentimento prestado por um relativamente incapaz, se a prática do ato estiver fundada na boa-fé e dele não decorreu nenhum prejuízo²⁹⁴ ou, ainda, na hipótese de o regime jurídico estar sendo utilizado, de forma dolosa, para alguém eximir-se de suas obrigações, devendo, também, ser observada, no caso concreto, a boa-fé.²⁹⁵ Nessas hipóteses, forçoso reconhecer que o referido diploma legal reconhece ao menor, ainda que por vias transversas, capacidade para exprimir sua vontade e atribui a ela efeitos jurídicos, por vislumbrar que ele já possui razoável discernimento e não pode, por não preencher meros requisitos formais, ver-se desobrigado de cumprir aquilo que foi objeto de sua expressa manifestação de vontade.

Por outro vértice, também não se pode olvidar dos pródigos, a quem o Código Civil confere uma capacidade especial, pois embora não lhe confira autonomia em relação ao exercício dos interesses patrimoniais, lhe atribuiu capacidade para o exercício de direitos pessoais, como, por exemplo, para contrair matrimônio, fazendo uma distinção, ainda que não explícita, entre a gestão de direitos patrimoniais e de direitos pessoais, a fim de respeitar o livre desenvolvimento da personalidade.²⁹⁶ Conclui-se, assim, que embora se possa afirmar

²⁹⁴ O artigo 177, do Código Civil, dispõe quanto à anulabilidade dos negócios jurídicos, aqui compreendido o ato praticado por pessoa relativamente incapaz, *in verbis*: ‘Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade’.

²⁹⁵ Desta forma, dispõe o Código Civil: ‘Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior’.

²⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica-jurídica e a reflexão bioética. In:

que há um regime geral de capacidade, o ordenamento jurídico acaba por excepcionar algumas hipóteses, justamente a fim de privilegiar princípios outros, que orientam todos os atos da vida civil.

Embora no ordenamento jurídico pátrio não exista regra específica relativa à capacidade para o exercício de direito da personalidade, é certo que, em algumas hipóteses há de se indagar sobre a capacidade para consentir daqueles que, perante o ordenamento jurídico atual, não poderiam exercer tal ato sem a assistência ou a representação por terceiros. Tal questão contém conflitos de importantes repercussões. Isto porque, se observado que o sistema do Código Civil foi construído tendo como fundamento os direitos de propriedade, alguns poderiam concluir que tal sistema deveria ser ainda mais rígido no que se refere aos direitos personalíssimos, a fim de amparar com mais vigor o ‘*ser*’ em detrimento do ‘*ter*’.

Não é possível, entretanto, no âmbito dos direitos da personalidade, fazer-se a mera transposição dos conceitos erigidos no âmbito dos direitos patrimoniais, sem qualquer reflexão. Isto porque, se promovida a mera transposição, a liberdade de construir um projeto de vida individual estaria ao alcance, tão somente, daqueles que detém capacidade de fato (categoria erigida para o ato negocial), relegando os incapazes para o não direito.

Aponta-se que a capacidade, tal como desenvolvida por grande parte dos diplomas legais, está muito mais em consonância com o exercício dos direitos patrimoniais, olvidando-se, contudo, nas situações jurídicas existenciais. Com efeito, o caráter ético-filosófico da pessoa – e porque não dizer, o valor da pessoa enquanto tal – é, por muitas vezes, afastado em favor de sua condição de sujeito de direito, a fim de participe de relações jurídicas que tenham como objeto a administração de um patrimônio.²⁹⁷

Tal fato demonstra que o rigor no enunciado legal relativo à capacidade não parece ser o melhor caminho a ser percorrido nos direitos da personalidade.²⁹⁸ Ao contrário, nesta

MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 323.

²⁹⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. Poder familiar e capacidade de exercício de crianças e adolescentes. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/61781/000718416.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 maio. 2015, p. 87.

²⁹⁸ Como asseverado por Judith Martins-Costa, ‘relativamente ao consentimento versando sobre bens de personalidade, não pode haver o simples trespasse, sem mediações, da categoria da capacidade negocial. A capacidade para consentir em matéria dos bens de personalidade embora componha, tal qual a capacidade negocial, o gênero “capacidade” (abrangente ainda da capacidade jurídica) comporta diversidade em relação às demais espécies. (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a

seara, necessário empregar cada vez mais validade jurídica à vontade exteriorizada pelo titular do direito, independentemente da representação ou assistência por terceiros, justamente a fim de permitir a construção do seu projeto de vida individual e permitir o desenvolvimento pleno de sua personalidade, potencializando-se, assim, suas capacidades e habilidades pessoais.

Necessário anotar que a autodeterminação da pessoa em relação ao seu projeto de vida é algo que se desenvolve ao longo do tempo, desde a tenra infância até a vida adulta, diminuindo-se, gradativamente, o grau de imposição de terceiros. Não é, portanto, uma marca ou um alvo definido no tempo-espaço, por uma norma legal, mas um processo que vai se generalizando ao longo do processo de vida da pessoa.

Com efeito, quando a lei limita a capacidade de fato do sujeito de direitos, ela deixa de considerar relevantes os elementos internos e externos do consentimento externado pela pessoa, quais sejam, a vontade aliada ao conhecimento e a declaração de uma questão própria, personalíssima. Há, portanto, a possibilidade de uma separação entre a incapacidade natural e legal, ou seja, ainda que o agente consiga livremente exprimir sua vontade, com convicção, adequação e proporcionalidade, ela não terá nenhuma valia perante o ordenamento jurídico, se não atendidos os requisitos formais previamente estabelecidos, colocando em risco um direito da personalidade. Tal regramento coloca a pessoa em situação de total sujeição em relação a outrem, a quem cabe manifestar este consentimento em seu nome, ainda que possa estar flagrantemente em desacordo com a intenção do titular do direito e, muitas vezes, porque não, até em prejuízo de seu projeto de vida individual.

Estas reflexões levam à conclusão de que, no âmbito dos direitos personalíssimos, ainda que, por exemplo, a pessoa não tenha atingido requisitos formais, previstos no ordenamento jurídico, não se pode afastar de imediato a importância do elemento volitivo existente em sua ação, fundada na boa fé, ampla informação e discernimento, em especial quando atende ao seu projeto de vida individual.

Adote-se, por exemplo, a situação dos incapazes em razão da idade. Conforme exposto anteriormente, a resposta jurídica tradicional diz que todos os menores são representados por seus genitores ou, na falta deles, pelo tutor e, portanto, serão os eles que irão prestar o consentimento em relação aos atos dos quais aquele participe. Entretanto, alguns diplomas legais reconhecem, excepcionalmente, a validade do consentimento do menor para

dispor do seu próprio corpo, como, por exemplo, o Código Penal, que atribui à pessoa maior de 14 anos a faculdade de consentir em manter relação sexual²⁹⁹, o que, por vias transversas, implica reconhecer sua capacidade. Mencione-se, também, a possibilidade de os maiores de 12 anos serem ouvidos e, ainda, de serem consideradas suas opiniões, inclusive nos processos de colocação de família substituta.³⁰⁰

Tais hipóteses demonstram que, em questões existenciais, as pessoas, ainda que incapazes em razão da idade, já possuem, antes de alcançarem a plena capacidade de fato, a possibilidade de querer e de externar o seu querer, de forma válida, em diversas situações, não podendo, por isso, ser imposta a vontade dos genitores ou do responsável legal.³⁰¹ Da mesma forma, há diplomas legais que começam a prever regras especiais para os incapazes no que se refere à realização de tratamentos médicos e cirúrgicos, a fim de proteger a vontade individual daqueles que possuam razoável maturidade para exercerem, por si só, os direitos sobre o próprio corpo e a sua autodeterminação em relação aos cuidados de saúde, independentemente do cumprimento de um requisito formal, atinente à idade.

Observe-se, neste aspecto, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, que coloca em relevo, em seu artigo 6º, n. 2, a necessidade de que a opinião do menor seja considerada como fator cada vez mais determinante³⁰². Da mesma forma, o artigo 7º, alínea 'a', da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, estabelece que o menor deve participar ativamente do processo de decisão, tanto em relação ao consentimento, como na retirada deste mesmo consentimento.³⁰³ Neste caso, possível vislumbrar uma maturidade ou capacidade especial do incapaz para o exercício dos seus direitos personalíssimos, tendo,

²⁹⁹ Embora a relação sexual não possa ser classificada como ato jurídico, é certo que a ausência de consentimento ou, ainda, o consentimento externado por menor de 14 anos tem relevantes repercussões jurídicas, dando origem, neste caso, a um ato ilícito.

³⁰⁰ A Lei 8.069/0, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece, em seu artigo 16, inciso II, o direito da criança e do adolescente exprimirem sua opinião. Da mesma forma, o artigo 28 do mesmo diploma legal dispõe quanto à necessidade de ouvir a criança e o adolescente quando de sua colocação em família substituta, devendo sua opinião ser devidamente considerada.

³⁰¹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 502.

³⁰² Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, adotada e aberta à assinatura, pelo Conselho da Europa, em Oviedo, em 4 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>> Acesso em: 08 out. 2013.

³⁰³ Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Adotada na 33ª Sessão da Conferência Geral da Unesco, realizada em 19 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2012.

inclusive, direito de recusar eventual tratamento médico derivado da obstinação terapêutica sem esperança.

É possível observar, também, a iniciativa de conferir efeitos jurídicos à manifestação de vontade dos incapazes em razão de enfermidade. A referida Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, em seu artigo 6º, n. 3, dispõe que, nestes casos, embora seja necessária a autorização do representante ou de uma autoridade, a pessoa deve, na medida do possível, participar de todo o processo relativo à autorização para o procedimento.³⁰⁴ Com efeito, consideradas as características dos direitos da personalidade e sua estreita relação com a construção da identidade da pessoa, conforme exposto anteriormente, forçoso reconhecer que, ainda que perante o ordenamento jurídico tradicional o incapaz por enfermidade não possa externar validamente sua vontade, nas questões médicas – e, também, em todas as demais questões relacionadas ao seu corpo - ele não pode ser completamente alijado do processo de decisão, o que lhe confere, também, uma especial aptidão para intervir e manifestar seus interesses, os quais deverão ser devidamente sopesados e considerados pelos demais.³⁰⁵

No caso de enfermidade também entram em destaque os chamados testamentos vitais ou diretivas antecipadas de vontade, manifestação no qual uma pessoa dispõe previamente acerca do consentimento para submeter-se, ou não, a um determinado tratamento médico ou cirúrgico em caso de vir a padecer de uma enfermidade que o impossibilite de manifestar esta vontade por si mesmo no momento oportuno. Observe-se que, ao contrário dos testamentos em geral, aos quais se atribui efeitos somente após a morte do testador, os testamentos vitais geram efeitos jurídicos ainda em vida, mas no momento em que ele – o testador - tiver perdido a capacidade de manifestar, por si, sua vontade.

³⁰⁴ O artigo 6º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina dispõe: ‘Art. 6º, n. 3: Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização’.

³⁰⁵ Cumpre anotar, em relação aos incapazes em virtude de enfermidade mental, que, conforme salientado por José Aparecido Camargo, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, no âmbito criminal, a adoção do critério biopsicológico normativo, afirmando que não basta que o agente padeça de enfermidade, mas, sim, que esta enfermidade tenha efetivamente afetado sua capacidade de compreensão ou de autodeterminação no momento da ação, razão pela qual referido autor conclui que o mesmo raciocínio jurídico-jurisdicional se aplica aos ilícitos civis (CAMARGO, José Aparecido. Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres: a manipulação das mentes e corações no mundo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55). De toda forma, tal critério pode ser adotado não somente em relação aos ilícitos, mas, também, às outras formas de manifestação de vontade da pessoa, sempre considerando o grau desta enfermidade e a possibilidade de que, a despeito da enfermidade, ela possa compreender e autodeterminar-se em determinadas situações, sem a ingerência de terceiros.

Esta declaração de vontade antecipada deve ser respeitada, pois se presume que seja a vontade atual, constituindo, assim, uma forma de preservação da dignidade da pessoa humana no fim da vida ou em momento crítico. Com efeito, deve-se respeitar os valores, desejos, preferências e interesses manifestados pela pessoa, ainda que, em um determinado momento, ela esteja incapaz para externá-las por si mesma. Neste sentido a disposição contida no artigo 9º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, que dispõe acerca da necessidade de considerar a vontade anteriormente manifestada por paciente, acerca de uma intervenção médica, quando ele, no momento da intervenção, não mais esteja em condições de expressá-la.³⁰⁶

Possível, portanto, defender a noção de uma especial capacidade, que se afasta das demais categorias da capacidade, pois tem como objeto a tomada de decisões relativas à disposição do próprio corpo, tratando-se, assim, de conceito pertencente à seara do exercício dos direitos da personalidade. A capacidade para consentir considera as singularidades da pessoa no caso concreto (raciocínio por concreção), ao invés de submetê-la ao regime genérico abstrato, como nos demais casos de incapacidade regulados pelo ordenamento jurídico.³⁰⁷ É necessário atribuir relevo à vontade exteriorizada pelo titular do direito, ainda que incapaz em razão da idade³⁰⁸ ou em razão de enfermidade, atribuindo-lhe relevância jurídica como se incapacidade não houvesse, pois requisitos formais não podem servir de obstáculos à proteção da pessoa e ao exercício de um direito da personalidade.³⁰⁹

A capacidade para consentir, longe de ser um critério formal, abstrato e genérico, deve considerar o discernimento da pessoa para decidir sobre os custos e benefícios da decisão, refletir sobre as consequências futuras, ou seja, se o ato se esgota em si ou traz reflexos

³⁰⁶ Artigo 9º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, firmada em Oviedo, em 04 de abril de 1997: ‘A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta’.

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica-jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32.

³⁰⁸ A compatibilização do regime das capacidades com o exercício dos direitos da personalidade resulta da necessidade de possibilitar um envolvimento especial do titular do direito na construção do seu projeto de vida, sem impor, contudo, a obrigação de o menor decidir sozinho. Neste sentido: MARX NETO, Edgard Audomar. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. Revista Jurídica da Presidência, vol. 13, n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011.

³⁰⁹ A respeito da importância de considerar a vontade externada pelo incapaz, o Enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil dispõe: ‘A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto’.

duradouros ou permanentes, compreender as alternativas e autodeterminar-se com base nas informações recebidas.³¹⁰

Resta claro, portanto, a insuficiência da norma tradicional para uma aplicação satisfatória ao fenômeno jurídico atual, pois, em seu formalismo positivista e patrimonialista, tem pouco a dizer sobre questões jurídicas das mais importantes no momento atual. Incumbe ao operador do Direito, em hipóteses dotadas de certa especificidade, relativa ao exercício do direito ao próprio corpo, e ciente das aberturas já existentes no próprio ordenamento jurídico, analisar a questão da capacidade, nas relações existenciais, sob esse enfoque personalismo, a fim de concluir, ou não, pela possibilidade do ato de disposição.

3.3.3 O beneficiário do ato de disposição

O terceiro aspecto a ser observado é identificar quem é o beneficiário do ato de disposição, ou seja, se o ato é praticado para atender o interesse pessoal do titular do direito, o interesse de uma pessoa determinada pelo titular do direito, o interesse de ambos os envolvidos naquele ato de disposição ou, finalmente, o interesse de uma pessoa não determinada. Tais aspectos colocam em evidência, mais uma vez, cada uma daqueles planos anteriormente citados, relativos à ipseidade, alteridade e realizacional.

Observe-se que a disposição do próprio corpo no que se refere à função reprodutiva é distinta, por exemplo, quando se fala em esterilização para evitar uma gravidez ou quando se fala na denominada maternidade por sub-rogação, pois enquanto a primeira atende um interesse exclusivo do titular do direito, a segunda atende ao interesse de outrem. Há, ainda, aqueles atos que atendem ao interesse de ambas as pessoas, uma recebendo o elemento objeto da disposição e outra recebendo algum benefício, como, por exemplo, quando o ato de

³¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica-jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Leticia Ludwig (orgs). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 326-327. A autora confere ênfase ao fato de que não basta o entendimento, é imprescindível a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, apontando que o próprio Código Penal prevê, em relação àqueles que estão sob o efeito de substância entorpecente uma causa de inimputabilidade, pois embora possuam entendimento, não possuem autodeterminação.

disposição é praticado em virtude de uma contraprestação financeira ou, ainda, em virtude de alguma outra vantagem pessoal.

Evidente que o ato de disposição que tem como único beneficiário o próprio titular do atributo tem maior possibilidade de estar exclusivamente em consonância com a construção de seu projeto de vida individual do que o ato de disposição que tem como beneficiário um terceiro determinado. Dessa forma, em relação a tal espécie de ato não devem ser colocadas restrições, salvo em hipóteses excepcionais, que serão indicadas no seguimento, relacionadas às suas consequências. O mesmo ocorre quando o beneficiário é uma pessoa indeterminada, pois o desconhecimento acerca da identidade da pessoa que será favorecida leva à conclusão de que o ato de disposição foi praticado pelo titular do direito almejando, exclusivamente, o atingimento de um interesse considerado, por ele, como um interesse relevante a ponto de levá-lo a prática do ato para a construção de sua identidade.

Isso não significa dizer, contudo, que o ato praticado em favor de terceiro determinado deve sofrer graves restrições, mas, tão somente, que, nesta hipótese, deve ser observada detidamente a horizontalização das vontades, ou seja, se aquele que dispõe e aquele que é beneficiado pelo ato de disposição estão em situação de igualdade, ainda que não igualdade real, em igualdade permeada pelo ordenamento jurídico. Deve-se, no caso concreto, investigar-se a atuação deliberada do beneficiário, a fim de delas extrair as circunstâncias em que ocorreu a avença relativa ao ato de disposição. Se anteriormente afirmou-se a necessidade de analisar o consentimento do titular do direito, nesse momento afirma-se a necessidade de analisar o comportamento daquele que recebe tal consentimento.

Com efeito, conforme exposto anteriormente, o comportamento e o olhar do outro podem, muitas vezes, servir como deformador da vontade da pessoa, impondo-se, em consequência, maior cautela no exame dessa espécie de ato, a fim de perquirir acerca de sua forma de atuação no caso concreto e concluir acerca da possibilidade, ou não, do ato de disposição, em atenção ao direito da personalidade de ambos os envolvidos. O destinatário de uma manifestação de vontade relativa à disposição do direito ao próprio corpo deve, sempre, ser um colaborador, nunca um soberano, pois ele, em homenagem à alteridade, tem um dever de não obstar e até mesmo colaborar na construção da identidade das demais pessoas que o cercam.

O terceiro reconhece, em si mesmo, a sua essência, a sua humanidade. Deve, todavia, também reconhecer, no outro, essa mesma condição, pois essa essência se repete em todas as

peessoas, indistintamente. Ele deve reconhecer o outro e, ainda, deve reconhecer a si no outro, o que exige desse terceiro mais do que um comportamento individualista, impelindo-o a igualar ou emparelhar, em importância e consideração, a sua trajetória e a trajetória do titular do direito no momento da decisão relativa à disposição do atributo pessoal.³¹¹

3.3.4 O objeto do ato de disposição

O quarto aspecto a ser observado está relacionado ao objeto do ato de disposição. A visão de Descartes, baseada na distinção entre corpo e mente (ou espírito), adquiriu novos desdobramentos no momento atual, no sentido de possibilitar a mercantilização do corpo e de suas partes.³¹² Isto porque, sob esta ótica, o isolamento dos elementos que compõem a pessoa possibilita a construção de uma visão na qual a fragmentação do corpo (com a disposição de seus produtos, partes e funções em favor de outrem) não implica na fragmentação da pessoa propriamente dita.

Com efeito, se é certo que as novas possibilidades de decomposição do corpo, tornadas possíveis pela ciência, não são, a princípio, dotadas de um viés negativo, é certo, também, que muitas das concepções liberais relativas à denominada comoditização ou mercantilização do corpo estão assentadas na concepção cartesiana do ser humano, abordada no primeiro capítulo.³¹³ Entretanto, não é demais ressaltar que, conforme já exposto anteriormente, essa visão cartesiana sofreu e vem sofrendo profundas e substanciais

³¹¹ ANDRADE, Maria Inês Chaves. A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, p. 96-103. A respeito do reconhecimento do humano, por intermédio do reconhecimento do outro e de si no outro, a referida autora expõe que ‘o homem é para si diferente dos demais, singularíssimo, mas sabe que se repete enquanto membro da comunidade noutro homem, e assim sucessivamente. Na consciência de si ultrapassa a condição de objeto da universalidade e toma para si a condição de sujeito, que se assoma a outros sujeitos, e nessa medida os identifica consigo pela sua irrepetibilidade em si e para si, ou seja, há na conformação social o reconhecimento do outro’. (ANDRADE, Maria Inês Chaves. A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, p. 98-99).

³¹² RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. Fabricando bebês, vendendo ilusões. In: FONSECA, Cláudia; ROHDEN, Fabíola; MACHADO, Paula Sandrine (orgs.). Ciências na vida: antropologia da ciência em perspectiva. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 210.

³¹³ Com efeito, a concepção dualista está na origem da atitude contemporânea de considerar o corpo e seus partes, produtos e funções como uma mercadoria (GALLO, Silvio. Corpo ativo e a filosofia. In: MOREIRA, Wagner Wey (org.). Século XXI: A era do corpo ativo. Campinas: Papyrus, 2006, p. 21).

alterações, em atenção ao caráter expressivo do corpo humano, como uma totalidade orgânica, biológica e intencional, o que também implica a necessidade de reanalisar os fundamentos sobre os quais se construiu toda uma teoria relativa à disposição do próprio corpo.³¹⁴

A ideia inicial era de que o direito da personalidade não alcançaria o que se regenera ou cresce sempre³¹⁵, ou seja, não abrangeria os produtos renováveis, desde que não houvesse prejuízo às funções vitais da pessoa.³¹⁶ Defendeu-se, ainda, a distinção entre partes renováveis e não renováveis como o marco geral a ser observado no que se refere aos atos de disposição corporal.³¹⁷

Todavia, a questão não é tão simples, haja vista que, conforme exposto anteriormente, as novas possibilidades tornadas possíveis pela ciência e, ainda, as novas informações que podem ser obtidas a partir de um produto do corpo fizeram com que fosse expandido o conceito de corpo, a fim de abranger sob o regime dos direitos da personalidade tudo aquilo que dele se retirasse, fosse ou não um atributo renovável.

Com efeito, as novas técnicas da ciência tornaram possíveis outras possibilidades de disposição de produtos do corpo que ainda não haviam sido cogitadas quando foi desenvolvida aquela ideia inicial anteriormente referida, como, por exemplo, as relacionadas à reprodução assistida, que na época atual permitem até mesmo a geração de uma pessoa com a conjunção de material genético de três outras pessoas.³¹⁸ Por outro vértice, antigas hipóteses

³¹⁴ Embora em outro contexto, mas ainda assim refletindo sobre o desafio da pessoa frente ao desenvolvimento da ciência, Hans Jonas aponta a necessidade de se considerar o ser humano como ‘totalidade psicofísica’, ou seja, a consideração do ‘organismo como forma objetiva da vida, mas também com sua interpretação na auto-reflexão do ser humano (...)’, pois assevera que ‘as grandes contradições que o ser humano encontra em si mesmo – liberdade e necessidade, autonomia, dependência, o eu e o mundo, relações e isolamento, atividade criadora e condição mortal – já estão germinalmente prefiguradas nas mais primitivas manifestações da vida, cada uma delas mantendo um precário equilíbrio entre o ser e o não ser, sempre já trazendo dentro de si um horizonte de ‘transcendência’ (...)’, fazendo com que a filosofia e a ciência política tenham que observar o biológico (JONAS, Hans. *O princípio vida: fundamentos para uma biologia filosófica*, 2004, p. 7-16).

³¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 20.

³¹⁶ KELCH, Rita. *Direitos da personalidade e clonagem humana*. São Paulo: Método, 2009, p.144.

³¹⁷ CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 212.

³¹⁸ A técnica mistura o DNA mitocondrial de uma doadora saudável com o núcleo do óvulo da mãe, que contém o DNA comum e, posteriormente, esse óvulo é fertilizado e transferido para o organismo da mãe, razão pela qual os bebês nascidos a partir destes embriões geneticamente modificados tem material genético de três pessoas distintas. A denominada doação mitocondrial tem como finalidade evitar a transmissão de doenças hereditárias. A técnica, inclusive, já foi aprovada pela Grã-Bretanha, conforme notícia veiculada na imprensa, disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/gra-bretanha-autoriza-reproducao-assistida-com-tres-pais>> Acesso em: 26 fev. 2015.

de disposição alcançaram novas significações, pois do produto ou parte doados é possível obter novas informações ou utilizações, como, para citar um exemplo, o sangue, a partir do qual, hodiernamente, é possível não somente obter informações a respeito do próprio doador (ou até mesmo de uma comunidade), como, também, a partir do qual é possível desenvolver produtos, dando origem, por exemplo, à patentes de sequências isoladas do corpo, para as quais há uma aplicação industrial.³¹⁹

Não se trata, portanto, em um critério simplista, de permitir, sem qualquer consideração, a disposição de um produto do corpo e colocar alguns obstáculos à disposição de uma parte ou função deste mesmo corpo, mas, antes disso, de refletir sobre todas as consequências relacionadas a cada um dos produtos, partes ou funções do corpo passíveis de serem objeto de uma disposição. Necessário questionar, portanto, se o produto, parte ou função alcança somente aquele elemento propriamente dito, ou, também, se alcança a informação ou outro aspecto relacionado à pessoa ou à comunidade genética da qual faz parte. Importante questionar, ainda, qual a importância daquele elemento – produto, parte ou função – na organicidade do corpo do titular do direito, questionar qual a função que ele desempenhará após sua retirada do corpo e, finalmente, ponderar sua importância no que se refere à expressão da identidade de cada um dos envolvidos.

3.3.5 A finalidade do ato de disposição

O quinto aspecto a ser observado é a finalidade atendida pelo ato de disposição. Com efeito, o ordenamento jurídico deve graduar ou, ao menos, distinguir a finalidade do ato,

³¹⁹ LECOURT, Dominique. *Humano pós-humano: a técnica e a vida*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 78-80. Giorgio Resta narra o caso de Jonh Moore, paciente que estava tratando de uma leucemia e, no curso do seu tratamento, teve seu baço removido. Seus médicos, ao estudarem o órgão, descobriram que os tecidos tinham a capacidade de produzir uma proteína singular e, com base nesta descoberta, posteriormente patentearam novos produtos derivados daquela linhagem celular (RESTA, Giorgio, *O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado*. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 157).

conferindo uma maior flexibilidade quando identificada alguma das finalidades reputadas mais importantes para a afirmação da identidade do titular do direito da personalidade.

Observe-se que, conforme exposto anteriormente, os atos de disposição podem visar diversos fins (terapêuticos, científicos, culturais, sociais) ou, ainda, atender a um mero interesse financeiro do titular do direito. Ato contínuo, é necessário conferir maior relevo ao consentimento manifestado por uma pessoa quando o ato de disposição é feito, por exemplo, para atender a uma finalidade terapêutica, do que quando este mesmo consentimento visa atender a um interesse meramente econômico.

Não se trata de uma ordem de gradação exata, nem de uma operação matemática pura, mas não se pode olvidar que os atos que estão mais intrinsecamente ligados à construção do projeto de vida individual do titular do direito, finalidade última dos direitos da personalidade, devem ser respeitados e até mesmo privilegiados, em detrimento de atos que tenham, por ventura, a finalidade de atingir outros objetivos.

Comparar, por exemplo, o ato de uma pessoa que se dispõe a doar um órgão ou a participar de um experimento, visando um alcançar um objetivo terapêutico ou científico, não pode ser comparado com o ato que tem por fim um objetivo de entretenimento ou de obtenção de ganhos, como, por exemplo, a venda daquele mesmo órgão ou a participação em um reality show. A mera identidade do objeto da disposição não significa que deve ser aplicada, de forma automática, nas duas hipóteses, o mesmo regime de disposição, pois as finalidades são absolutamente distintas. A definição do regime somente pode ser feita depois de identificadas e analisadas as distintas finalidades e, ainda, depois de cotejadas essas finalidades com os demais elementos que estão indicados nesta exposição.

Em relação ao fim terapêutico, anote-se que o ato de disposição que visa a manutenção ou o restabelecimento da saúde do próprio titular do atributo deve ser ainda mais flexibilizado e protegido do que o ato de disposição que visa o mesmo objetivo terapêutico em relação a terceiro, pois é exclusivamente o próprio titular do direito quem irá arcar as consequências da disposição. Por outro vértice, o ato de disposição que visa fim terapêutico de terceiro está relacionado à saúde pública e à solidariedade, aspectos que são amplamente prestigiados por toda a sociedade, o que também ampara uma flexibilização por parte do

ordenamento jurídico e um tratamento diferenciado em relação aos atos que tenham por fim interesses meramente financeiros.³²⁰

Com efeito, um dos pilares da vida em comunidade é solidariedade, princípio que encontra abrigo, inclusive, na norma constitucional, razão pela qual são incentivados, por exemplo, atos de doação de órgãos. A fim de permitir a construção de uma sociedade mais fraterna, o ordenamento jurídico elege a regra da gratuidade para tais hipóteses. Tais disposições atendem, ainda, a questão relativa à alteridade, pois o homem não vive só e não se forma só, mas, sempre, em sociedade. Com efeito, não é demais afirmar que “assim como o ferro se aguça com o ferro, a face do homem se aguça com a face de outro homem”.³²¹

Da mesma forma, os atos de disposição que se destinem à realização de experimentos científicos devem ser analisados de forma diferenciada, dentro de um critério de razoabilidade, a fim de prestigiar o princípio da solidariedade sem, contudo, transformar a pessoa em mero instrumento para o desenvolvimento de um estudo realizado por outrem. Observe-se, todavia, que o experimento científico não pode ser degradante e deve ser o único meio para alcançar o objetivo, relacionado, sempre, à finalidade de encontrar resposta para alguma questão relevante e não para atender fins outros, como a eugenia ou interesses políticos.

Necessário ressaltar, ainda, que a finalidade do ato pode ser distinta para o titular do direito e para a outra pessoa que, porventura participe do ato de disposição. Assim, por exemplo, a pessoa que doa um órgão para transplante manifesta a vontade de colaborar com a terapêutica da saúde de outra pessoa e a pessoa que recebe o referido órgão também visa obter um benefício terapêutico, havendo, aqui, uma identidade de finalidades. Por outro vértice, a pessoa que vende um órgão para transplante não visa um benefício terapêutico, mas sim o recebimento da contraprestação acordada entre as partes, pouco importando o sucesso ou o insucesso daquele que o recebeu com a finalidade de obter um benefício terapêutico.

Pode ocorrer, ainda, que a finalidade pareça, em um primeiro momento, similar à finalidade de outro ato da mesma natureza, mas o motivo determinante para a prática do ato seja distinto. Adote-se, por exemplo, a maternidade por subrogação. Ela pode ocorrer em

³²⁰ O artigo 14 do Código Civil Brasileiro dispõe, expressamente: ‘Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte’.

³²¹ CAMARGO, José Aparecido. Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres: a manipulação das mentes e corações no mundo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 82.

virtude da impossibilidade biológica de a genitora, por si, levar ao fim uma gestação, mas pode, também, ocorrer em virtude de uma vontade de não passar por esse processo, por questões profissionais ou mera comodidade.

O ato de disposição é o mesmo (a disposição da função reprodutiva), a finalidade imediata é a mesma (a geração de um filho por outrem), mas o motivo determinante, na primeira hipótese, é exclusivamente, contornar a infertilidade, a fim de desenvolver um novo âmbito da personalidade, relativo à descendência, enquanto na segunda hipótese é, também, atender a uma comodidade pessoal da genitora que, embora possua condições de gerar, não se mostra inclinada a fazê-lo., questão essa que deve ser valorada de forma distinta, em cada caso concreto.

Anote-se, também, que muito se discute se uma contraprestação monetária relevante pode influenciar no requisito da liberdade do consentimento, razão pela qual diversos comitês éticos e declarações internacionais insistem na necessidade de um sistema não lucrativo, no que se refere aos atos de disposição com fins terapêuticos e científicos, a fim de evitar a exploração dos indivíduos menos favorecidos.³²² Mas nessas hipóteses não se trata, exclusivamente, de tentar afastar eventual comprometimento em relação ao consentimento, mas, principalmente, dar ênfase à solidariedade, prestigiar a característica da extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade e, em uma perspectiva a longo prazo, evitar que a introdução de um elemento econômico acabe por desestimular a prática de atos com essa relevante finalidade.

Por outro vértice, importante ressaltar que a existência de uma contraprestação monetária não enseja, por si só, na invalidade do ato, pois ela é um dos aspectos a serem sopesados, juntamente com todos os outros. Com efeito, os atos que visam fins econômicos inserem-se em outro âmbito, relativo ao desenvolvimento da atividade econômica, âmbito também incentivado pela Constituição Federal, razão pela qual concluir pela invalidade de um ato de disposição de um atributo pessoal, realizado por uma pessoa, simplesmente porque constatada a introdução de um benefício econômico, seria, por vias transversas, restringir-lhe o exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

³²² RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 166. A respeito da preocupação de que a contraprestação monetária acabe por Neste sentido, o artigo 21 da Convenção de Oviedo, que dispõe, em seu art. 21, que o *'corpo humano e as suas partes não devem, enquanto tais, ser fonte de lucros'*.

Por outro vértice, não há como negar que, por vezes, o benefício obtido pela pessoa que dispôs de um elemento do seu corpo talvez, seja o motivo determinante para o seu consentimento (o proveito econômico da venda de uma parte do corpo, por exemplo) e, caso constatado que esse interesse econômico enseja um enfrentamento o com o direito ao próprio corpo, atinente à personalidade, há a fundamento para se apontar uma menor espaço de flexibilização no que se refere à possibilidade de disposição do atributo corporal.

É certo que se pode argumentar que todos os negócios jurídicos, ainda que tenham por objeto o direito ao próprio corpo, emanam da autonomia de vontade privada e são expressões do direito à liberdade individual. Todavia, tal direito à liberdade tem de respeitar o teor das relações personalísticas essenciais³²³ e, no caso concreto, será necessária a ponderação entre esses dois direitos a fim de concluir pela possibilidade, ou não, da prática do ato de disposição.

O direito ao próprio corpo, como exposto, não implica um direito de propriedade. Estabelecida essa premissa inicial, não se pode afirmar que a onerosidade acabaria por colocar em risco o direito de personalidade do titular do direito, porque se admite que o mesmo ato possa ser praticado gratuitamente. Também não se pode falar que a mera existência de uma contraprestação monetária retira a existência de um consentimento verdadeiramente válido, porque isto equivaleria a dizer que qualquer contrato oneroso contém vício.

A introdução de um elemento econômico não introduz, por si só, à ofensa à dignidade. Por outro vértice, o mero fato de haver a contraprestação em pecúnia não transforma uma situação existencial (disposição de parte do corpo) em um ato patrimonial. O regime jurídico continua o mesmo, pois deve ser considerado o conteúdo ontológico da pessoa. A questão a ser examinada, portanto, é, uma vez mais, o comportamento daquele que oferece a contraprestação para receber o consentimento, pois ele não pode pretender ver no outro um mero depositário ou fornecedor de um bem, mas, sim, uma realidade única e insubstituível, com suas próprias necessidades.

Em síntese, se o ato visa atender fins outros que o mero proveito econômico, a liberdade deve ser maior, porque a probabilidade de o ato de disposição atender a algum aspecto existencial da pessoa também é maior. Ademais, extrair um produto, retirar uma parte ou dispor de uma função do corpo para alcançar fim nobre ou mais estritamente relacionado à

³²³ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 448.

construção da identidade é diferente de praticar estes mesmos atos para receber uma determinada quantia em dinheiro.

Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico por vezes estabelece determinados condicionantes para a prática do ato, como, por exemplo, restringir o transplante em pessoas vivas aos parentes até quarto grau e permitir a maternidade por sub-rogação até o terceiro grau. Tais medidas, além de atender questões médicas, tem como objetivo tentar evitar a comercialização de tais bens jurídicos, em detrimento da construção da identidade do titular do direito.

Forçoso reconhecer, portanto, que não é possível comparar atos que visam fins distintos. Na análise do ato de disposição, o operador do Direito deve buscar sempre, para iluminar a questão, atos que tenham a mesma finalidade. Isso se revela correto tanto em relação aos atos comumente praticados como, principalmente, em relação aos atos que a cada dia estão se tornando possíveis em virtude do desenvolvimento da ciência. Ante cada nova possibilidade de disposição devem ser buscados atos que dela se aproximem, não somente em relação ao objeto da disposição (aspecto objetivo do ato), mas, principalmente, em relação à finalidade da disposição (aspecto teleológico do ato).

3.3.6 As consequências do ato de disposição em relação ao titular do direito

O sexto aspecto a ser verificado está relacionado às consequências do ato, ou seja, a análise, no caso concreto, da existência de prejuízo irreversível para a construção da personalidade do titular do direito. Entra em cena, neste aspecto, a licitude do objeto, não relacionada ao objeto da disposição isoladamente considerado, pois, conforme exposto anteriormente, o ordenamento jurídico permite a disposição de produto, parte ou função do corpo. O que aponta para a licitude, ou não, do ato de disposição está mais relacionado à finalidade e consequências do ato do que ao elemento da disposição.

Observe-se, mais uma vez, que conclusão acerca da licitude de um ato de disposição não está atrelada a uma baixa invasão na coleta de determinado atributo de uma pessoa em

favor de outrem. Não é isto que define a possibilidade de dispor ou não de seu atributo pessoal, mas sim se aquele atributo constitui núcleo fundamental da personalidade humana, se a sua disposição causa prejuízo ao desenvolvimento do projeto de vida individual do seu titular e, conseqüentemente, se pode ser objeto de disposição. Importante observar, portanto, se o ato de disposição pode trazer lesões irreversíveis ao chamado ‘núcleo duro’ dos direitos da personalidade, ou seja, ao seu cerne fundamental, aquele que lesionado pode afetar a existência do próprio direito.³²⁴

No que se refere às conseqüências do ato, interessante anotar a questão dos *wanabbes*, já referida anteriormente. Embora a amputação desejada pela pessoa cause ofensa permanente à sua integridade física, não é exclusivamente por esse fato que se alega a impossibilidade do ato de disposição, pois inúmeros outros atos, com o mesmo resultado, são permitidos pelo ordenamento jurídico. O que ocorre, nesta hipótese, é que não há, ainda, estudos adequados acerca da causa e da origem deste desejo de ter um membro do corpo amputado, tampouco conclusões acerca de qual seria o tratamento adequado. Por isso, no atual estágio da ciência, não se admite a amputação, não por uma restrição ao direito da personalidade, mas porque o atual estado da técnica não permite dizer se a amputação é o procedimento correto para o desenvolvimento da personalidade daquela pessoa.³²⁵

Imprescindível analisar se o ato de disposição de um elemento do próprio corpo põe fim ou causa risco à vida da pessoa, se acarreta algum dano à sua saúde ou sensível redução da expectativa de vida, alguma lesão permanente à integridade corporal e, assim, sucessivamente, observando, portanto, sempre, as conseqüências do ato, o direito a ele relacionado e, também, seu grau de reversibilidade. Entretanto, a análise não pode ficar restrita à questão orgânica, mas, antes disso, deve ser feita tendo em vista a questão existencial da pessoa.

Com efeito, deve ser observado que a inexistência de uma ofensa permanente à integridade física do titular do direito não significa, por si só, a possibilidade de execução do ato, pois, conforme exposto anteriormente, a pessoa é mais do que uma mera realidade biológica. O que deve sempre ser averiguado é se o exercício do direito do direito ao próprio corpo (o ato de disposição a ele relativo) implica o aniquilamento do próprio direito e, por

³²⁴ Conforme asseverado por Adriano Marteleto Godinho, (GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 15).

³²⁵ KONDER, Carlos Nelson de Paula. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 15 (jul./set. 2003), p. 66.

consequente, em uma espécie de renúncia àquilo que torna o homem único e o distingue dos demais enquanto ser humano. Conclui-se pela vedação do ato que ao invés de promover a plena personalidade, a suprime.

Por outro vértice, necessário consignar que, por vezes, até mesmo quando há evidente dano à vida, é possível concluir pela possibilidade da disposição, como, por exemplo, na hipótese de suicídio assistido de paciente terminal. Com efeito, a vida não é um dever, é um direito, e esse direito não é absoluto, assim como não o são nenhum dos direitos. Ainda que se afirme que sem vida não há dignidade a se proteger, cumpre anotar que vida não é meramente existir, pois abrange uma significação muito maior do que isso e, ainda depois da morte, há proteção à dignidade da obra daquele que não mais existe.

Neste caso específico, o valor que está em jogo não é a liberdade individual sob a ótica de um direito de propriedade sobre o corpo³²⁶, mas, sim, a liberdade individual sob a ótica de eleição de uma forma digna de viver e, também, de morrer, conciliada com valores como a compaixão e a beneficência.

Da mesma forma, os atos que acarretem prejuízo à saúde ou à integridade física de uma pessoa não estão, de imediato, obstados, mas, tão somente, submetem-se à um maior grau de rigor no momento em que é investigada sua motivação. Isto porque, conforme exposto anteriormente, a manifestação de vontade para participar de um experimento científico que busque a cura de uma doença é ato distinto da anuência para participar de um experimento que tenha como objetivo o mero entretenimento do cientista. Da mesma forma, o ato de doação de um órgão para um familiar é hipótese distinta da venda deste mesmo órgão para um desconhecido, a fim de, tão somente, obter um proveito econômico. As consequências do ato devem, portanto, ser cotejadas com o fim que se pretende alcançar.

Possível antever, portanto, que há limites externos em relação ao ato de disposição, pois ele não será reputado lícito quando resultar em ofensa a tudo aquilo que compõe o núcleo inviolável do ser humano. De toda forma, sempre será observado se o ato de disposição do

³²⁶ Michael J. Sandel apresenta, como exemplo da impossibilidade de se acolher o direito ao próprio corpo com contornos absolutos, a hipótese de canibalismo consensual. Assevera que: 'O canibalismo consensual entre adultos representa o teste definitivo para o princípio libertário da posse de si mesmo pelo indivíduo e da ideia de justiça dele decorrente. É uma forma extrema do suicídio assistido. Visto que não tem nenhuma relação com o alívio da dor de um doente terminal, a única justificativa cabível é que somos os donos de nosso corpo e nossa vida e podemos fazer com eles o que bem entendemos. Se o argumento libertário estiver certo, seria injusto proibir o canibalismo, pois isso violaria o direito à liberdade' (SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 94).

direito ao próprio corpo está sendo funcionalizado e, caso afirmativo, se está sendo funcionalizado em favor de um outro direito da personalidade (vida, saúde, integridade, identidade, dentre outros) ou de um outro direito não relacionado às questões existenciais.

3.3.7 As consequências do ato de disposição em relação a terceiros

O sétimo aspecto a ser observado é se o ato de disposição atinge ou não de direitos de terceiro e, caso afirmativo, que espécies de direitos estão em conflito. Caso constatado que o ato de disposição atinge direito de terceiros, será imprescindível maior cautela antes de afirmar-se pela sua validade, pois, conforme asseverado anteriormente, o caráter absoluto dos direitos da personalidade não implica o império da vontade individual. Todavia, o fato de o ato de disposição atingir direito de terceiro não significa, de imediato e por si só, a vedação à sua realização. Faz-se necessária a ponderação dos direitos em conflito, pois evidente que há direitos mais relevantes que outros.

Com efeito, quando constatado que o ato de disposição de uma pessoa atinge direito da personalidade de outra, muito maior será a cautela a ser adotada, pois, conforme asseverado anteriormente, ninguém pode ser utilizado como um meio para a satisfação da vontade alheia, tampouco pode ser transformado em um objeto de uma relação jurídica. Desta forma, na hipótese de conflito entre dois direitos da personalidade, é necessário, no caso concreto, concluir qual deles tem maior relevância que outro, a fim de evitar dano irreparável à personalidade de alguns dos envolvidos.³²⁷

Na hipótese de conflito de um direito da personalidade com um direito patrimonial, forçoso reconhecer que a essencialidade daquele acarreta em sua precedência sobre este. Na hipótese de conflito de um direito da personalidade de uma pessoa natural com o direito da

³²⁷ O Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil estabelece: ‘Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.’

personalidade de uma pessoa jurídica (para aqueles que defendem a existência de direitos da personalidade da pessoa jurídica³²⁸) não há dúvida quanto a precedência daquele.

Necessário consignar que, conforme abordado anteriormente, a pessoa tem necessidade de autodeterminação, mas, também, de desenvolver uma vida em relação com os demais, vigorando, no direito ao próprio corpo, a regra da alteridade, questão que fica ainda mais evidente que devem ser considerados os direitos da personalidade daquele terceiro estranho ao ato de disposição, mas que foi por ele atingido.

O desenvolvimento dos direitos da personalidade, fundado na teoria da igualdade, construiu um perímetro à vontade individual, a fim de acomodar todos sob uma mesma proteção jurídica.³²⁹ Dessa forma, o ato de disposição do próprio corpo, quando atinge terceiro, possui um limite externo. Mas esse limite externo não é a solidariedade fundada na função social, como nas questões patrimoniais, mas a solidariedade fundada na alteridade, na convivência com o outro e com suas diferenças³³⁰, pois, conforme exposto anteriormente, a pessoa não vive ou se desenvolve só.

As relações intersubjetivas e a personalidade dos outros configuram verdadeiros limites extrínsecos ao direito geral de personalidade. Em outras palavras, o direito ao próprio corpo de uma pessoa deve ser limitado, na sua própria existência e validade, quando confrontado com igual direito de personalidade de qualquer outra pessoa. Dessa forma, quanto mais isolada estiver a pessoa, no que se refere aos efeitos do ato, mais ampla será a faculdade de exercício do seu direito, porque quanto menos o outro existir, mais livre ela será para praticá-lo.³³¹

³²⁸ O artigo 52 do Código Civil Brasileiro dispõe que se aplica às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade, enquanto a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça reconhece, inclusive, a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral. Evidencia-se, assim, que o ordenamento jurídico reconhece a existência de direitos da personalidade titularizados pela pessoa jurídica, o que tem sido amplamente acolhido pela jurisprudência nacional. De toda forma, não é demais anotar que parte da doutrina nacional não acolhe tal entendimento, ressaltando que embora a extensão dos direitos da personalidade tenha o propósito de ampliar o âmbito da reparação civil, tal propósito não deve impedir o reconhecimento de que as pessoas jurídicas são merecedoras de tutela jurídica apenas e tão-somente em virtude das pessoas que congrega (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23). Observe-se, ainda, o Enunciado 286 da IV Jornada de Direito Civil, que dispõe que “os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”.

³²⁹ CAMARGO, José Aparecido. Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres: a manipulação das mentes e corações no mundo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 24.

³³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 185-187.

³³¹ GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 90.

3.3.8 O âmbito de normalidade do ato de disposição

O oitavo aspecto a ser observado é se o ato está dentro de um âmbito de normalidade do cotidiano. Assim, cortar o cabelo, fazer a barba, furar as orelhas para colocar brincos são atos costumeiramente praticados pelas pessoas inseridas em uma determinada cultura, que não repercutem negativamente no âmbito dos direitos da personalidade, ao contrário, são atos relacionados aos cuidados consigo mesmo (ipseidade) e, também, atos relacionados ao vínculo com terceiros (alteridade), que contribuem para o desenvolvimento da pessoa.

Sob este aspecto, importante anotar que se aplica ao conceito de ‘normalidade’ a mesma reserva indicada anteriormente, quando se expôs a respeito dos ‘bons costumes’. A normalidade vai se alterando conforme a evolução da sociedade, fazendo com que muitos atos que antes eram considerados anormais passem a ser vistos como uma prática cotidiana. Ademais, em uma sociedade pluralista, o conceito do que é normal também se altera sensivelmente dentro de cada grupo, dando ensejo a interpretações divergentes a respeito de algumas condutas.

Adote-se, por exemplo, a cirurgia para fins meramente estéticos, que, em tempos remotos era vista com grande reserva e, atualmente, é um procedimento inserido dentro da cultura ocidental, na qual as pessoas tem preocupação com a aparência com que se apresentam ao mundo, fato que lhes traz saúde emocional. Não mais se afirma a existência de ofensa à integridade física da pessoa que realiza tal espécie de cirurgia, ao contrário, aponta-se o livre exercício do direito ao próprio corpo, em virtude de o ato estar inserido em um âmbito de normalidade. O mesmo se diga em relação às tatuagens.

Todavia, necessário destacar que ainda há um certo repúdio às modificações corporais que atentam à esta presente normalidade. Estariam vedadas, neste aspecto, modificações corporais que importem em uma descaracterização da fisionomia humana, pois isto impediria a identificação, no outro, da presença de um ser humano, com suas características comuns. Aponta-se, assim, o exemplo da denominada mulher-vampira, Maria José Cristerna,

mexicana que realizou diversas alterações corporais, que incluem desde tatuagem até implantação de próteses que imitam chifres, cujo resultado é bastante impactante e atentatório, motivo pelo qual se afirma que tal ato de disposição deveria ser vedado pelo ordenamento jurídico, pois faz com que apresente uma fisionomia desumanizada, implicando em uma verdadeira renúncia a aparência humana.³³²

Todavia, essa não parece ser a melhor assertiva no que se refere a esta espécie de disposição do próprio corpo, pois ela dá mais relevância ao resultado da modificação corporal, do que ao conteúdo ontológico da pessoa. Com efeito, não é o fato de a pessoa ter tal ou qual aparência que a torna destinatária da proteção conferida pelo ordenamento jurídico, mas o fato de ser pessoa. Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico não exige o nascimento com aparência humana para conferir proteção ao ser nascido de mulher. Também não é por outro motivo que o ordenamento jurídico reconhece a toda e qualquer pessoa a proteção a ela destinada, independentemente de ter qualquer deformidade ou doença que a torne, aos olhos de alguns, uma pessoa com aspecto horripilante.

A reivindicação do próprio corpo possui o efeito de produzir indivíduos no real sentido da expressão e ser autêntico implica, muitas vezes, romper com os padrões já estabelecidos, razão pela qual os atos de disposição desta natureza, mesmo que pareçam a estranhos ao observador, não devem ser encarados como atos de irracionalidade.

Ademais, na maior parte dos casos, tatuagens e outras modificações corporais não importam em redução das funções biológicas e embora possam, por vezes, ocasionar uma sensação inicial de repúdio em um determinado grupo, também é certo que em outros promove imensa admiração. Não é de se ignorar o sucesso que tais pessoas fazem nos círculos de convivência que tem como normalidade a extensa modificação corporal. A modificação não causa grave dano à saúde do próprio titular, não atinge direito de terceiro e, ainda, está dentro de um conceito de normalidade em determinados grupos que partilham dessa experiência de vida, não havendo, portanto, razão para vedar o ato, pois inexistente interesse coletivo apto a ser tutelado.

³³² GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 237.

3.3.9 A existência de interesse social

O nono aspecto a ser observado é se o ato de disposição atinge interesse social. Algumas observações a este respeito já foram apresentadas quando abordada a questão relativa à intervenção do Estado na seara dos direitos da personalidade, mas é importante ressaltar, neste momento, que a existência de um interesse público ou social é um dos elementos a serem valorados quando da análise do ato de disposição.

Em relação a este aspecto, cumpre consignar que, em que pese ser justamente a vontade, aliada à capacidade de reflexão e valoração prévia, que distingue a pessoa dos outros seres vivos, a liberdade para consentir, anteriormente analisada, não está, portanto, atrelada somente ao controle volitivo e discursivo do agente, mas também, à liberdade jurídica.³³³ Anote-se, assim, que ainda que se conclua acerca da regularidade da manifestação do consentimento, o ente estatal não confere a ele um valor absoluto, cerceando-o quando estiver em conflito com um interesse social.

A sociedade não tem que se imiscuir na vida privada – âmbito de relevância dos direitos da personalidade -, razão pela qual, em regra, não há interesse comum a ser tutelado. Ressalte-se, mais uma vez, que anteriormente se afirmou que os direitos da personalidade tem como finalidade a construção de um projeto de vida individual e, portanto, não podem ser indistintamente funcionalizados, a não ser que funcionalizados em favor de um outro direito da personalidade, o que, mais uma vez, afasta a tendência de ver, nesta espécie de direitos, um amplo interesse social a ser resguardado.

O interesse social não pode ser outro senão aquele interesse geral do Estado em promover o desenvolvimento de todas as pessoas, sem prejuízo a qualquer uma, na efetiva observância dos princípios constitucionais. É preciso, portanto, estabelecer a fronteira entre a autodeterminação pessoal e a intervenção estatal em relação aos direitos da personalidade, observando-se, sempre, que essa intervenção deve ser mínima, sob pena de ofender aquela, constitui um dos pilares para a efetiva proteção dos direitos da personalidade.

³³³ Importante observar que ‘No que toca à liberdade jurídica, a dialética autonomia-universalidade exige que esse plano de vida tenha aceitação de cada sujeito (autonomia) e ao mesmo tempo seja susceptível de generalização, de uma oferta que se possa converter em lei geral (universalização). Cumpre notar que a liberdade jurídica é sempre liberdade por meio do Direito’ (HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identidade genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 107).

Abordados estes elementos, poderia se questionar onde entra, nessa análise do ato de disposição, o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana não é um dos elementos a serem analisados, ao contrário, ele permeia todo o ordenamento jurídico³³⁴ e é cotejado em todos os estágios, e se sobrepõe a todos esses elementos, conferindo-lhes maior densidade jurídica. Assim, quando se analisa, por exemplo, a capacidade, é o princípio da dignidade da pessoa humana que permitirá concluir que mesmo aquele que ainda não tem capacidade legal pode manifestar validamente sua vontade. Quando se analisa o beneficiário do ato é, também, o princípio da dignidade da pessoa humana que permitirá concluir, no caso concreto, se aquele que aparece como beneficiário será, realmente, o beneficiado pelo ato. Quando se analisam as consequências do ato, é o princípio da dignidade humana que permitirá apontar se aquelas consequências ofendem, ou não, a pessoa humana e assim sucessivamente.

O princípio serve como fundamento das regras jurídicas e de outros princípios, como critério de interpretação e integração do ordenamento e, também, como fonte aplicável à resolução dos conflitos em concreto.³³⁵ Com efeito, se a pessoa possui aquelas três dimensões anteriormente indicadas, quais sejam, a dimensão relativa à ipseidade, a dimensão relativa à alteridade e a dimensão realizacional, a dignidade humana deve abranger três âmbitos distintos: o ontológico (o valor da pessoa simplesmente por sua condição humana), o relacional (o valor da pessoa em relação com os outros) e o valor da pessoa frente ao Estado³³⁶, razão pela qual sua ampla análise exige o exame do caso concreto.

Conclui-se, assim, que é imprescindível analisar todos os elementos objetivos, subjetivos e teleológicos dos diversos atos de disposição sob a ótica da adequação, proporcionalidade e necessidade e, ainda, sob o influxo do princípio da dignidade humana, que é o que confere legitimação à liberdade de cada pessoa, individualmente considerada, garantindo a maior autodeterminação possível. Com efeito, quando se faz referência à dignidade, faz-se referência à dignidade da pessoa humana e não à dignidade da

³³⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 89.

³³⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 43.

³³⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 43.

humanidade.³³⁷ Isto resulta na pluralidade de soluções dos casos concretos, ao invés de uma padronização do tipo totalizante, no sentido de lícito ou ilícito.

³³⁷ Isto porque, conforme ressaltado por Ingo Wolfgang Sarlet, apenas a dignidade de uma determinada pessoa (ou grupo de pessoas) pode ser ofendida, inexistindo atentados à dignidade da pessoa em abstrato (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 51).

CONCLUSÕES

A pessoa não é mera ficção, desenhada pelo sistema jurídico em suas investigações doutrinárias, tampouco mera organicidade, mas um valor do qual o ordenamento jurídico não pode se distanciar, cabendo-lhe garantir todas as manifestações desse valor, em seu substrato físico, material e espiritual. É imprescindível afastar a concepção reducionista da pessoa como mero agente capaz de estabelecer relações jurídicas e promover a sua ressignificação fundamental, ressaltando-se, todavia que ressignificar a pessoa não implica restringir a autonomia individual, mas, sim, garantir de forma ampla a promoção do seu valor intrínseco.

Os direitos da personalidade, dentre eles o direito ao próprio corpo, destinam-se, justamente, a conferir forma e fundamento àquele valor intrínseco, bem como possibilitar o desenvolvimento das potencialidades humanas, razão pela qual lhe são atribuídas diversas características, dentre elas a indisponibilidade e a intransmissibilidade, ou seja, a impossibilidade de o titular desfazer-se de seu direito ou, ainda, de transmiti-lo a outrem, a título gratuito ou oneroso, privando-se do seu gozo.

Todavia, há muito também se questiona se o direito ao próprio corpo pode ser um direito oponível a terceiros, mas ao mesmo tempo totalmente disponível pelo próprio titular, ressaltando-se que a absolutização da liberdade individual acarreta um princípio geral de disponibilidade do próprio corpo, enquanto uma garantia ilimitada do respeito pela integridade física de cada pessoa conduz a um princípio geral de indisponibilidade.³³⁸

A resposta a esse questionamento não é simples, em face de suas múltiplas conexões éticas, filosóficas e jurídicas. É indubitável que o ordenamento jurídico e a doutrina, ao destacarem e qualificarem os direitos da personalidade como direitos indisponíveis, pretenderam endereçar-lhes um grau de tutela de maior intensidade, a fim de proteger a pessoa das circunstâncias da vida em sociedade e a sua dignidade. Não retiraram, contudo, a disponibilidade no que se refere a exercício de tais direitos, haja vista que eles integram a esfera jurídica do seu titular e são imprescindíveis para a construção do seu projeto de vida único e irrepetível.

³³⁸ OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, Antonio Mezenes et al. (org.). Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008, p. 108-109

Com efeito, a disponibilidade não se refere à disposição da titularidade do direito, mas, sim, à disponibilidade de uma parcela representativa deste direito, disponibilidade essa que deve ser admitida pelo ordenamento jurídico, para que a pessoa possa desenvolver-se em comunidade. Desta forma, embora a locução ‘indisponibilidade dos direitos da personalidade’ traga consigo, em uma análise imediatista, a ideia de impossibilidade, há, sim, a possibilidade de consentimento em relação à disposição de alguns atributos específicos da personalidade, dentre eles o direito ao próprio corpo.

A pessoa não está submetida ao direito da personalidade, ao contrário, ela exerce tal direito. Da mesma forma, o corpo não é um claustro para a personalidade, ao contrário, é o corpo que liberta a pessoa da solidão da vida interior, conferindo-lhe um lugar de suporte para a construção da sua identidade e permitindo-lhe viver em comunidade. É por intermédio de seu corpo que a pessoa se estrutura no espaço-tempo físico biológico, psíquico, social e cultural³³⁹, atuando como uma verdadeira *designer* de si mesma, customizando sua própria vida e, também, o seu próprio corpo, de forma dinâmica, atividade essa absolutamente natural, pois nada mais humano do que a exploração e a inovação nas capacidades humanas.

A promoção do direito ao próprio corpo acarreta no estabelecimento de uma cláusula geral de liberdade³⁴⁰, que implica, conseqüentemente, uma posição de disponibilidade. Dessa forma, o direito deve ser interpretado como direito de liberdade e não de restrição, pois se refere aos atributos da pessoa individualmente considerada, que não podem ser apropriados ou administrados pelo Estado.³⁴¹ Cada pessoa, individualmente, deve descobrir como se colocar e se afirmar no mundo que a cerca e o desenvolvimento de sua personalidade acontece, como tudo o mais na vida, como um processo contínuo, que abrange as ações e, também, as conseqüências dessas mesmas ações.

As escolhas que a pessoa faz durante a vida, a fim de construir o seu próprio projeto de vida, não podem, portanto, ser impostas ou restringidas pelo Estado, caso contrário elas deixariam de ser um projeto pessoal para se tornarem um projeto estatal. No âmbito do direito ao próprio corpo deve-se, sempre, repudiar o Estado intervencionista e a pretensão de homogeneização das condutas, a fim de possibilitar, a cada pessoa, a construção de uma identidade autêntica.

³³⁹ VAZ, Henrique C. de Lima. Antropologia filosófica. São Paulo: Loyola. 11ª ed., 2011, p. 181.

³⁴⁰ GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 53.

³⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 217.

Não se pode adotar uma perspectiva pública para resolver questões intrinsecamente personalistas, pois as políticas impostas pelos governos, no que se refere a tutela do corpo, geralmente se fragmentaram em políticas totalitárias bastante prejudiciais ao desenvolvimento da personalidade das pessoas individualmente consideradas. É imprescindível, portanto, preservar a autodeterminação, tanto quanto possível, em especial naquelas situações em que ela não atinge direitos de terceiros, a fim de prestigiar a individualidade e permitir o desenvolvimento das potencialidades humanas.

Em consequência, o ordenamento jurídico não pode adotar uma concepção negativista, apontando para a impossibilidade de transmissão ou alienação do atributo pessoal, ao contrário, o enfoque deve ser positivista, pois o corpo é elemento da identidade da pessoa e não é possível restringir a afirmação dessa personalidade, salvo em casos excepcionais e mediante amplo consenso da comunidade. A regra, portanto, não é a impossibilidade, mas, ao contrário, a faculdade de disposição de elementos do próprio corpo, sob pena de se retirar a individualidade da pessoa e, conseqüentemente, causar grave ofensa ao seu direito de personalidade.

Necessário ressaltar, ainda, que embora se aponte que os atos de disposição tem como princípio informativo a não lesão, ou seja, a impossibilidade de que tal disposição venha a ofender a integridade do próprio titular do direito, o direito ao próprio corpo tem como finalidade promover a personalidade como um todo, não estando, portanto, limitado ao aspecto orgânico. É absolutamente reducionista a visão da tutela do próprio corpo que se limite a protegê-lo de uma redação física, pois o psíquico pode por vezes exigir alterações do físico, para a proteção da personalidade do titular do direito.

Todavia, importante anotar que o desenvolvimento da matéria, as modificações sociais e os avanços da ciência ocasionaram profundas transformações em relação ao direito ao próprio corpo, que vão desde a alteração do seu conceito até a forma de exercício desse direito. A possibilidade de decomposição do corpo fez com que o seu conceito fosse estendido, para alcançar os seus produtos e partes, mesmo depois de retirados do organismo, a fim de que a pessoa mantenha sua autodeterminação tanto na retirada, quanto na destinação, na conservação e na utilização de amostras de seu material biológico.

A separação física não tem o condão de romper o vínculo orgânico com a pessoa, até mesmo porque vários tecidos e produtos do corpo humano desempenham duplo valor, ou seja, são matéria passível de disposição e, também, informação sobre a corporalidade da

pessoa, fato que deve ser objeto de consideração no âmbito jurídico. Observa-se, portanto, uma mudança no conteúdo do conceito, a fim de abranger não só o corpo como uma totalidade, mas, também, para abranger suas partes, produtos e funções, ocasionando, por conseguinte, uma ampliação do âmbito de autogoverno de cada pessoa.

Conclui-se, portanto, que não há que se aplicar o regime dos direitos da personalidade tão somente quando ainda não houver ocorrido a separação de parte do corpo de sua estrutura orgânica original, mas, também, ainda que de forma modulada, quando tal parte já houver sido destacada, sempre visando possibilitar a construção do projeto de vida do titular do direito.

Por outro vértice, embora o corpo humano não tenha sofrido grandes transformações ao longo dos séculos, é certo que a relação da pessoa com esse corpo se transformou substancialmente. As biotecnologias atuais multiplicaram e aperfeiçoaram diversos procedimentos que recaem sobre ele e, em consequência, possibilitaram inúmeras formas de promover a sua reconfiguração e garantiram, ainda mais, uma autonomia em relação ao corpo, modificando sensivelmente as formas de a pessoa se colocar no mundo. O homem deixou de somente desenvolver a técnica como também passou a ser objeto da própria técnica.³⁴²

Há a preocupação de que a ciência coloque em risco aquilo que nos faz humanos, modificando nossa natureza, destruindo a identidade humana no tempo e dissolvendo noções como a indisponibilidade da vida e do corpo. É muito tarde, entretanto, para simplesmente dizer não para as modificações culturais e sociais, bem como para as melhorias trazidas pelas ciências, em especial no campo médico. Elas já estão aqui e há outras a caminho.³⁴³

Não é correto, também, se limitar a apontar o lado ruim dessas novas possibilidades, pois elas permitem, cada vez mais, um viver autêntico. Não é possível, ainda, presumir que as pessoas que procuram essas novas possibilidades são irracionais ou tem algum motivo escuso, pois cada pessoa tem uma motivação diferente, como em tudo na vida.

Importante observar que os avanços da ciência e da sociedade fazem com que práticas anteriormente aceitas sejam posteriormente condenadas e vice-versa. O revolucionário em

³⁴² JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006 57.

³⁴³ BUCHANAN, Allen. Better than human: the promise and perils of enhancing ourselves. New York: Oxford University Press, 2011, p. 3.

pouco tempo transforma-se em rotineiro³⁴⁴, por isso é necessária cautela na condenação ao eventual ato de disposição, pois a vida se vive aqui e agora, não sendo razoável retirar da pessoa a oportunidade de praticar um ato em consonância com sua personalidade tão somente em virtude do assombro causado pelas novas técnicas ou comportamentos ou por mero sentimento de nostalgia para com os tempos pretéritos.

Todavia, as diversas possibilidades de decomposição do corpo não podem acarretar na visão mecanicista da pessoa, reduzida a uma máquina ou um organismo, olvidando-se dos seus aspectos morais e espirituais. A ciência coloca os métodos a disposição, mas a ciência jurídica, a política e a ética devem questionar suas formas de utilização e valoração, pois cada uma delas opera com uma lógica distinta. Com efeito, a ciência é sempre necessária e desejável, mas o emprego da técnica por ela revelada às vezes não. A ciência jurídica deve, portanto, valorar cada técnica, a fim de colocá-las a serviço da promoção da pessoa, fim último dos direitos da personalidade.

Por outro vértice, o direito ao próprio corpo não pode ser enquadrado como um bem no sentido econômico, mas, sim, como um bem jurídico distinto, constituído pelas diversas projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana que encontram proteção legal. Ato contínuo, as posições existenciais não devem ser estruturadas com o mesmo viés que as posições patrimoniais, pois há um valor intrínseco e não meramente instrumental a ser observado na primeira hipótese. O corpo deve, portanto, ser retirado da zona da coisificação e inserido no âmbito do significado, razão pela qual os direitos relativos aos seus atributos não podem ser transformados em meras *comodities*. Evita-se, assim, a mercantilização da vitalidade, com a utilização do corpo como mero repositório de matéria prima.³⁴⁵

Se é certo que o aumento da capacidade de intervenção e decomposição do corpo fez aumentar a possibilidade de ele constituir um biocapital para o seu titular, também é certo que o embate com o mercado propiciou o melhor desenvolvimento da técnica relativa à proteção

³⁴⁴ Nas palavras de Hans Jonas: 'Graças ao tipo de à magnitude dos seus efeitos de bola-de-neve, o poder tecnológico transformou-se aquilo que costumava ser exercícios hipotéticos da razão especulativa em esboços concorrentes para projetos executáveis' (JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006, p. 63).

³⁴⁵ Não é demais anotar que as diversas possibilidades de disposição dos atributos pessoais, tornadas possíveis pelo atual estágio da ciência, reclamam redobrada atenção na sociedade de consumidores, onde as pessoas tendem a reclamar para si, de forma contínua e muitas vezes irrefletida, diversos bens colocados no mercado, bem como transformam-se, a si mesmas, em mercadorias de consumo. A respeito, confira-se: BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

desses bens existenciais. Dessa forma, no caso dos direitos da personalidade, o ordenamento jurídico assumiu um caráter promocional, razão pela qual se reclama uma maior amplitude no exercício desses direitos, mas não como um exercício de propriedade, mas sim como um exercício de autodeterminação no que se refere à construção de uma vida singular.

Dessa forma, a leitura do direito ao próprio corpo deve ser feita observando-se que não se pode concebê-lo como um dever imposto a cada um de preservar-se no interesse exclusivo da coletividade (o que legitimaria a constante intervenção estatal), tampouco como um poder de ilimitável disponibilidade, pois o corpo é elemento necessário para a existência da pessoa e, conforme exposto anteriormente, a pessoa é valor, e o valor deve ser preservado.³⁴⁶

No que se refere ao exercício desse direito, necessário explicitar a validade jurídica da manifestação de vontade do titular do direito, mesmo daquelas pessoas que ainda não tem capacidade plena, mas que tem condições de compreender todos os aspectos do ato de disposição, a fim de privilegiar a construção de seu projeto de vida individual. Por outro vértice, o ordenamento jurídico deve limitar ou até mesmo excluir a possibilidade de dispor de um atributo personalíssimo, ainda que o titular seja plenamente capaz e manifeste sua vontade neste sentido, quando verificado que o ato, longe de promover a sua personalidade, a suprime.

Mas a eventual vedação não resulta da constatação de um interesse social no exercício desse direito ou de uma função social por ele desempenhada pois, conforme já ressaltado, trata-se de um direito eminentemente individual. Com efeito, embora vários institutos jurídicos sejam funcionalizados em favor da pessoa, não se pode admitir a funcionalização da própria pessoa para atender a outros interesses. Este não é o caminho a ser trilhado na seara dos direitos da personalidade.

O direito ao próprio corpo somente pode ser funcionalizado em favor de um outro direito da personalidade, do próprio titular ou até mesmo de terceiro. Cumpre anotar, ainda, que quando a funcionalização ocorrer em favor de um direito da personalidade de terceiro, isto não implicará, por si só, a constatação de que uma pessoa foi utilizada como um meio para outrem, mas, ao contrário, implicará o reconhecimento do aspecto da alteridade da pessoa, também fundamental para o desenvolvimento da personalidade do titular do direito.

³⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 298-299.

As normas relativas às limitações no exercício da individualidade devem ser inferiores, em quantidade e amplitude, quando comparadas às normas relativas às relações econômicas, pois o princípio fundamental a ser observado é o da autodeterminação. Também deve ser observado que, em uma sociedade, composta por pessoas insubstituíveis, a eventual limitação somente pode ser introduzida em defesa de um valor que informe toda aquela sociedade e a fim de assegurar as condições para a vida em comum, sob pena de impor-se uma visão de mundo que atenta contra os seus direitos da personalidade.

O estudo do direito ao próprio corpo deve resistir a generalizações, pois se cada pessoa é única e insubstituível e vive dentro de uma determinada coletividade, é certo concluir que cada uma delas fará uma escolha diferente em relação ao seu próprio corpo, pois é nele que repousam parte das respostas relativas à construção da individualidade e identidade. Na seara dos direitos da personalidade os absolutos se exauriram.

Tal fato acarreta na constatação de que não é possível estabelecer de forma definitiva e de antemão acerca de quais atos de disposição do próprio corpo são permitidos e quais são vedados, pois os constantes progressos da ciência tornam possível, a cada dia, novos atos de disposição de elementos do corpo. Ademais, na análise do exercício dos direitos da personalidade deve ser observada a pessoa em concreção e não a pessoa em abstrato, razão pela qual os atos por ela praticados não devem ser valorados mediante uma formulação genérica prévia do legislador, mas, sim, valorados em concreto.

A diversidade da pessoa, da técnica e da sociedade tornam mais efetivo e adequado o controle no caso concreto, sem que isso cause risco à segurança jurídica, pois vários outros princípios e cláusulas abertas são analisadas em cotejo com os fatos e nem por isso se fala em insegurança. Com efeito, se a falta de padronização pode trazer insegurança, é certo que a padronização pode trazer consequência ainda pior, que é a ofensa ao direito de personalidade

Ademais, é certo que mesmo que o ordenamento jurídico pretendesse estabelecer de forma definitiva o que pode e o que não pode ser objeto de disposição, fracassaria de maneira constrangedora, pois a lentidão da resposta política acaba sendo suplantada pela velocidade das mudanças sociais, culturais e científicas. Dessa forma, ao invés de estabelecer de forma definitiva os limites do direito ao próprio corpo, preferível criar critérios para a análise dos atos já tornados possíveis e os dos que venham a se tornar possíveis pelo desenvolvimento da ciência, em consonância com os valores partilhados pela sociedade em um determinado tempo e lugar, pois é a partir da contínua correlação dos fatos, das exigências da época e dos

princípios por ela adotados que se torna possível alcançar, aos poucos, a sedimentação da norma jurídica.

A construção desse arcabouço de critérios exige o estudo pormenorizado de cada aspecto envolvido em um ato de disposição, a fim de identificar e distinguir os seus elementos subjetivos (os envolvidos e os beneficiários), os seus elementos objetivos (produto, parte ou função do corpo humano), os seus elementos teleológicos (as razões e as finalidades nele aparentes ou implícitas), bem como as consequências para o titular ou para terceiro bem como inseri-los dentro do âmbito onde foram praticados, a fim de verificar a existência ou não, de uma ofensa a um interesse social a ser preservado.

Em relação ao consentimento, o caráter de essencialidade dos direitos da personalidade impõe a redefinição dos contornos dos seus contornos em relação aos atos de disposição, pois não se pode, aqui, aplicar a lógica construída para o consentimento em relação aos bens patrimoniais em geral. No âmbito dos direitos da personalidade, só é possível alcançar o consentimento válido quando se permite a exposição das pessoas a um ambiente de diversidade social e cultural, que possibilite a existência de uma pluralidade de alternativas, a reflexão sobre elas, a realização de uma escolha em um ambiente dotado de ampla e irrestrita informação, relativa a todas as circunstâncias que cercam o exercício deste direito, anteriores e posteriores ao ato que se pretende realizar e, mais ainda, a realização de uma escolha genuína.

Deve, ainda, ser ponderada a questão da identidade pessoal, razão pela qual qualquer ato de disposição de um elemento do corpo humano que tenha consequências relativas à identificação de determinadas características físicas ou genéticas, da própria pessoa ou do grupo a que pertence, deve levar tal questão à apreciação, pelos interessados, por ocasião da manifestação do consentimento.

A análise do consentimento deve, finalmente, observar o comportamento daquele que recebe a manifestação de vontade do titular do direito, pois o comportamento do outro se agrega ao consentimento manifestado pelo titular do direito e pode acarretar na deformação da personalidade do declarante, atribuindo condutas e pensamentos que não lhe são próprios, ou, também, pode servir como instrumento para a revelação e confirmação de aspectos de sua própria identidade. Necessário, portanto, promover-se ampla investigação acerca da forma e circunstância em que ocorreu a captação e manifestação da vontade da pessoa sob a ótica do terceiro.

Também não é possível, no âmbito do direito ao próprio corpo, fazer-se a mera transposição dos conceitos erigidos no âmbito dos direitos patrimoniais, porque, neste caso, a liberdade de construir um projeto de vida individual estaria ao alcance, tão somente, daqueles que detém capacidade de fato (categoria erigida para o ato negocial), relegando os incapazes para o não direito. O rigor no enunciado legal relativo à capacidade não é o melhor caminho a ser percorrido, ao contrário, nesta seara é necessário empregar cada vez mais validade jurídica à vontade exteriorizada pelo titular do direito, independentemente da representação ou assistência por terceiros, justamente a fim de permitir a construção do seu projeto de vida individual e permitir o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

Com efeito, a autodeterminação da pessoa em relação ao seu projeto de vida é algo que se desenvolve ao longo do tempo, desde a tenra infância até a vida adulta. Não é, portanto, um alvo definido no tempo-espaço, por uma norma legal, mas um processo que vai se generalizando ao longo do processo de vida da pessoa.

Estas reflexões levam à conclusão de que, no âmbito dos direitos da personalidade, ainda que a pessoa não tenha atingido requisitos formais, previstos no ordenamento jurídico, ela não pode ser completamente alijada do processo de decisão, o que lhe confere uma especial aptidão para intervir e manifestar seus interesses, que deverão ser devidamente sopesados e considerados pelos demais. Possível, portanto, defender a noção de uma especial capacidade, que considera as singularidades da pessoa no caso concreto, ao invés de submetê-la ao regime genérico abstrato, como nos demais casos de incapacidade regulados pelo ordenamento jurídico. A capacidade para consentir, longe de ser um critério formal, abstrato e genérico, considera o discernimento da pessoa para decidir sobre os custos e benefícios da decisão, refletir sobre as consequências futuras, compreender as alternativas e autodeterminar-se com base nas informações recebidas.

Em relação ao beneficiário, forçoso reconhecer que o ato de disposição que tem como único beneficiário o próprio titular do atributo ou, ainda, uma pessoa desconhecida, possui maior possibilidade de estar exclusivamente em consonância com a construção de seu projeto de vida individual do titular do direito do que o ato de disposição que tem como beneficiário um terceiro determinado.

Isso não implica, contudo, em severas restrições ao ato de disposição praticado em benefício de terceiro determinado, mas, tão somente, acarreta na necessidade de analisar com

acuidade se esse terceiro atua como um colaborador do direito da personalidade do titular do direito e não como um soberano, impondo sua vontade.

Isto porque o ser humano possui um valor próprio e que lhe é intrínseco, sendo que seus direitos da personalidade possuem preeminência sobre outros direitos subjetivos, não podendo ser transformados em mero objeto ou instrumento de outrem.³⁴⁷ Com efeito, potenciar as pessoas é um dever, porém mais básico é ainda o de não as prejudicar.³⁴⁸

Em relação ao objeto, cumpre anotar que não se trata de permitir a disposição de produtos renováveis e impedir a disposição de produtos não renováveis. A questão não pode ser resolvida com um critério tão simplista, mas, antes disso, de refletir sobre todas a importância daquele elemento na organicidade do corpo, questionar a função que ele desempenhará após a retirada, analisar as consequências relacionadas ao ato e ponderar sua importância no que se refere à expressão da identidade de cada um dos envolvidos.

Em relação à finalidade, ressalte-se que a vontade individual não é, e si mesma, um valor, razão pela qual cabe ao jurista indagar a que interesses a vontade individual atende, em cada ato concreto de disposição, a fim de observar se ele propicia, ou não, a realização da pessoa. Não se pode olvidar que os atos que estão mais intrinsecamente ligados à construção do projeto de vida individual do titular do direito, devem ser respeitados e até mesmo privilegiados, em detrimento de atos que tenham, por ventura, a finalidade de atingir outros objetivos.

Necessário anotar, ainda, que a mera introdução de uma contraprestação monetária não retira a validade do ato de disposição, por eventual vício no consentimento, porque isto equivaleria a dizer que todo contrato oneroso contém vício e ofende a dignidade. A alegação acerca da baixa condição financeira do titular do direito frente ao terceiro pode servir de indicativo, mas não é critério que, por si só, afaste a possibilidade do ato de disposição, pois tal critério retiraria dos sabidamente humildes a possibilidade aberta àqueles que detém patrimônio. Por outro vértice, o fato de haver a contraprestação em pecúnia não transforma uma situação existencial em um ato patrimonial, razão pela qual o regime jurídico a ser

³⁴⁷ Nas palavras de Ingo Sarlet: '(...) o ser humano não poderá jamais ser tratado com objeto, isto é, como mero instrumento para a realização dos fins alheios, destacando, todavia, que tal postulado não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas' (SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 53).

³⁴⁸ HAMMERSCHMIDT, Denise. Identidade genética & direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 122.

aplicação para a análise do ato de disposição continua sendo o regime dos direitos da personalidade.

Ao realizar a análise da introdução de uma contraprestação financeira em relação a um ato de disposição de um atributo do corpo, não é possível ser imediatista, mas, sim, visualizar os efeitos a longo prazo, pois não se pode negligenciar os efeitos laterais de uma ação. Necessário, ainda, simular os custos das alternativas e antecipar os conflitos gerados pela aplicação das novas tecnologias para servir como guia das decisões ou soluções do caso concreto.

Em relação às consequências é importante observar a existência de prejuízo irreversível para a construção da personalidade do titular do direito, não atrelada ao aspecto de uma baixa invasão na coleta de determinado atributo de uma pessoa em favor de outrem, mas sim se aquele atributo constitui núcleo fundamental da personalidade humana se a sua disposição causa lesões irreversíveis ao cerne fundamental do direito de personalidade.

A análise não pode, portanto, ficar restrita à questão orgânica, mas, antes disso, deve ser feita tendo em vista a duração, o alcance e a intensidade da disposição (caracteres estruturais) e, ainda, a questão existencial da pessoa, somente sendo admitida a funcionalização do direito ao próprio corpo em favor de outro direito da personalidade. Com efeito, por vezes a disponibilidade de um atributo do próprio corpo traduz-se em uma relação compensada com o desenvolvimento de um outro bem da personalidade.

Ainda em relação às consequências, é imprescindível analisar não somente os efeitos do ato de disposição em relação a própria pessoa, mas, também, em relação às outras pessoas, a fim de verificar se ele atinge ou não de direitos de terceiro e, caso afirmativo, que espécies de direitos estão em conflito. O caráter absoluto dos direitos da personalidade não permite, por si só, a imposição de uma vontade individual em detrimento de outrem. A pessoa tem necessidade de autodeterminação, mas, também, de desenvolver uma vida em relação com os demais, vigorando, nos direitos da personalidade, a regra da alteridade.

Não se olvide da responsabilidade da pessoa, pois ela tem deveres para com as demais.³⁴⁹ Com efeito, todo direito tem uma face oculta, relativa a um dever ou restrição em

³⁴⁹ Conforme ressaltado por Vicente de Paulo Barreto: ‘A responsabilidade, entretanto, antes de ser jurídica, permanece como uma questão filosófica, pois suscita a indagação a respeito da unidade da pessoa, sobre a identidade pessoa, procurando determinar os limites da autonomia racional e como se situa a questão da alteridade. A idéia da responsabilidade justifica-se como a espinha dorsal da vida social em virtude da qual os homens concebem-se uns aos outros como pessoas morais, i.e., seres capazes de

relação ao terceiro. O direito de uma pessoa em exercer um determinado direito da personalidade impõe o dever de não atentar contra um direito da personalidade de terceiro. Impõe-se, aqui, a necessidade de auto coerção, pois a intersubjetividade rompe o individualismo. Assim, se o ato de disposição atingir um direito da personalidade de terceiro, será necessária uma maior cautela antes de se concluir pela possibilidade de sua realização.

Em relação ao interesse social é importante destacar que ele não pode ser outro senão aquele interesse geral do Estado em promover o desenvolvimento de todas as pessoas, sem prejuízo a qualquer uma, na efetiva observância dos princípios constitucionais. Isto porque a vida em sociedade impõe que ela esteja aberta a todas as escolhas de vida que sejam merecedoras de tutela, conforme os valores eleitos pelo texto constitucional.³⁵⁰ Ademais, eventual restrição somente pode resultar de um amplo consenso da comunidade.

Por fim, importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana não é um dos elementos a serem analisados, ao contrário, ele é o princípio que permeia todos os elementos dos atos de disposição e deve ser analisado continuamente, em cada um dos estágios, conferindo maior densidade jurídica à conclusão dele extraída. Serve como critério de interpretação e integração, a fim de permitir a análise da adequação, proporcionalidade e necessidade do ato de disposição e de cada um dos seus elementos. A utilidade do corpo é, portanto, modulada pela dignidade.

A dignidade não deve se traduzir em um sentimento de arrogância da espécie humana, mas, sim, uma constante recordação do pertencimento de cada um e de todos à humanidade, àquilo que nos torna humanos. A dignidade deve ser situada no tempo e no espaço, observando a mutação da sociedade e pluralismo, que reclamam uma postura de tolerância, mas deve sempre atender ao conteúdo mínimo.

Na análise do caso concreto, a dignidade pode funcionar como fator de restrição à ampla disponibilidade ou como fator de legitimação da liberdade de dispor, sendo importante anotar que, na maior parte das vezes, a via negativa, ou seja, a constatação de quais atos violam a dignidade é a que mais auxilia a captar o seu conteúdo, pois ‘o mal é mais

atos racionais que se formalizam através de direitos e deveres’ (BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (orgs.). Bioética e Responsabilidade, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 6). Com efeito, se a pessoa é mais do que o mero sujeito de direitos, é porque ela traz consigo valores e idéias e são eles que obrigam à ampliação da compreensão da responsabilidade, não se restringindo a um âmbito exclusivamente jurídico-positivista.

³⁵⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 102.

facilmente reconhecido que o bem³⁵¹, fato que reforça, mais uma vez, a conveniência de se fazer a análise em concreto.

Indubitável, portanto, a insuficiência do critério legal e a impossibilidade de uma solução única nos casos que envolvem o direito ao próprio corpo. A complexidade atual da sociedade impede o engessamento das questões relativas à pessoa em um modelo pré-definido e totalitário, bem como uma padronização universal. Cada ser humano é único e desenvolve um papel único na sociedade, não podendo, portanto, ter sua personalidade dissolvida no contexto social. Nesta perspectiva pluralista, a pessoa não é uma mera espectadora, tampouco uma coadjuvante, mas, sim, uma protagonista, razão pela qual o desenvolvimento de sua personalidade exige a diferenciação das suas diversas posições relacionais e impõe uma visão plural do direito ao próprio corpo.

³⁵¹ ANDORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (org.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil Constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: CORDEIRO, Antonio Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (coords.). Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008, p. 481-511.

ANDORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73-93.

_____. Principles of international biolaw: seeking ground at the intersection of bioethics and human rights. Bruxelas: Bruylant, 2013.

ALLENBY, Braden R.; SAREWITZ, Daniel. The techno-human condition. Cambridge: MIT Press, 2011.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 65-107.

ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 113-144.

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6. ed. rev., atualiz. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010.

ARTISTA implanta orelha em braço e cria polêmica. Portal Terra. Notícia. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/popular/interna/0,,OI1984403-EI1141,00.html>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Prefácio. In: GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 10.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral do direito civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: Revista USP n. 53, mar/mai 2002, São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 90-101.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). Dignidade da pessoa humana: fundados e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39-67.

BAUMAN, Zygmunt. Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKER, Gary. Should the purchase and sale organs for transplant surgery be permitted? Disponível em: <<http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/should-the-purchase-and-sale-of-organs-for-transplant-surgery-be-permitted-becker.html>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

BEVILÁQUA, Clovis. Teoria geral do direito civil. 2ª ed. rev. e atualiz. Por Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. Human dignity in bioethics and biolaw. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. Teoria geral do direito civil. 2ª ed., rev., atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 60, p. 105-128, out./dez. 1978.

_____. Os direitos da personalidade. São Paulo. Saraiva: 2015.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 2ª parte, p. 103-194.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956.

BUCHANAN, Allen. Better than human: the promise and perils of enhancing ourselves. New York: Oxford University Press, 2011.

CAMARGO, José Aparecido. Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres: a manipulação das mentes e corações no mundo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011.

CANCIAN, Natália. Minha história: Catarinense de 20 anos leiloa virgindade pela internet. Folha de São Paulo, São Paulo, 26 set. 2012. Caderno Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1159380-minha-historia-catarinense-de-20-anos-leiloa-virgindade-pela-internet.shtml>>. Acesso em: 26 set. 2012.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CLASSIFICADOS *on line* anunciam venda de rins. Gazeta do Povo. Vida e cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1476567&tit=Classificados-on-line-anunciam-venda-de-rins>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português: parte geral. Volume I, Tomo III. Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. Tratado de direito Civil: parte geral. Volume IV, Pessoas. Coimbra: Almedina, 2011.

CORREA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CHAVES, Antonio. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para 'mudança de sexo'. Direito ao cadáver a partes do mesmo. Revista de informação legislativa. Vol. 14, n. 55 (jul./set. 1977). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496788>>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Poder familiar e capacidade de exercício de crianças e adolescentes. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/61781/000718416.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 maio. 2015.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Texto revisto com anotações e prefácio de José Gomes Bezerra Câmara. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DAOLIO, Jocimar. Corpo e identidade. In: MOREIRA, Wagner Wey (org.). Século XXI: A era do corpo ativo. Campinas: Papyrus, 2006, p. 49-89.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 6, jun. de 2005, p.71-90.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 4. ed. ver. e atual. conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007.

SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

EMPRESA vende pingente com cópia do DNA de Justin Bieber. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 mai. 2012. Caderno Celebidades. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/celebridades/1092593-empresa-vende-pingente-com-copia-do-dna-de-justin-bieber.shtml>>. Acesso em: 20 mai. 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FONSECA, Cláudia; ROHDEN, Fabíola; MACHADO, Paula Sandrine (org.). Ciências na vida: antropologia da ciência em perspectiva. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica: curso dado no Còllege de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. Cambridge: Journal of Philosophy Inc. The Journal of Philosophy, vol. 68, n. 1. (Jan. 14, 1971), p. 5-20. Disponível em: <<http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/Persons/Frankfurt.pdf>> Acesso em: 02 dez. 2013.

FREY, Bruno. *Motivation and human behavior*. Disponível em: <http://www.bsfrey.ch/articles/337_00.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

GALLO, Silvio. Corpo ativo e a filosofia. In: MOREIRA, Wagner Wey (org.). Século XXI: A era do corpo ativo. Campinas: Papyrus, 2006, p. 10-30.

GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Elena de Carvalho. Perícias genéticas, paternidade e responsabilidade pela procriação. (MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Leticia Ludwig (orgs.)). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 361-390.

GOMES, Orlando. Direitos de Personalidade. Revista de Informação Legislativa, setembro de 1966, p. 39-48.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

GRÃ-BRETANHA autoriza reprodução assistida com três pais. 26 fev. 2015. Revista Veja. Seção Saúde. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/gra-bretanha-autoriza-reproducao-assistida-com-tres-pais>> Acesso em: 26 fev. 2015.

GRAY, John. Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais. Tradução Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. RT: São Paulo, 2001.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Intimidade genética & direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2008.

HESPAÑA, Antonio Manuel. Cultura Jurídica Européia, Florianópolis: Boiteux, 2005.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 1958.

JONAS, Hans. O princípio vida: fundamentos para uma biologia filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

_____. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. Fundamentação metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2009.

KELCH, Rita. Direitos da personalidade e clonagem humana. São Paulo: Método, 2009.

KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDF, vol. 15, jul.-set. 2003, p. 41-71.

LACERDA, Dennis Otte. Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord). Estudos de direito da bioética. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 87-109.

_____. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (orgs). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.

MARX NETO, Edgard Audomar. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. Revista Jurídica da Presidência, vol. 13, n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25-64.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o terna codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MILANEZ, Carlos José Cogo; RICHETTI, Tatiana. Do direito ao próprio corpo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e1d842d0f7ee600>>. Acesso em: 22 mai. 2014.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política. 2º vol. São Paulo: Ática, 2004, p. 200-223.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01-23.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. À margem do Direito: ensaio de psicologia jurídica. Campinas: Bookseller, 2002.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Esperança e responsabilidade: os rumos da bioética diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 23-54.

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

MULGAN, Tim. Utilitarismo. Tradução Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

MULHER tatua propaganda de site na testa. 30 jun. 2005. Portal Terra. Notícia. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/noticias/0,,OI574837-EI12884,00-Mulher+tatua+propaganda+de+site+na+testa.html>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. A dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 172-195.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luis Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 51-70.

NUNES, Rui. *GeneÉtica*. Coimbra. Almedina, 2013.

OBRAS de arte com cadáveres detonam debate ético sobre uso do corpo para fins estéticos. *Folha de São Paulo*, São Paulo. 18 jul. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/07/1312435-obras-de-arte-com-cadaveres-detonam-debate-etico-sobre-uso-do-corpo-para-fins-esteticos.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, Antonio Mezenes et al. (org.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 107-238.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *La personalitá umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRISCILLA Davanzo: *A arte de avacalhar com o corpo imaculado*. Disponível em: <<http://performatus.net/priscilla-davanzo/>>. Acesso em: 12 mai. 2014.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: ALMEIDA FILHO, Agassis; MELGARÉ, Plínio. (orgs.). Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21-38.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. Fabricando bebês, vendendo ilusões. In: FONSECA, Cláudia; ROHDEN, Fabíola; MACHADO, Paula Sandrine (orgs.). Ciências na vida: antropologia da ciência em perspectiva. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

REALE, Miguel. História do novo código civil. Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. Coord. Miguel Reale; Judith Martins Costa, São Paulo: RT, 2005.

RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na sua perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖELLER, Letícia Ludwig (orgs.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145-204.

RODOTÁ, Stefano. Transformações do corpo. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 5, vol. 19, jul./set. 2004, p. 91-107.

_____. Aventuras del cuerpo. In: SILVEIRA, Hector C. (ed.). El derecho ante la biotecnología. Barcelona: Icaria, 2008, p. 291-307.

ROHDEN, Fabíola. Notas para uma antropologia a partir da produção do conhecimento, os usos das ciências, intervenções e articulações heterogêneas. In: FONSECA, Cláudia; ROHDEN, Fabíola; MACHADO, Paula Sandrine (orgs.). Ciências na vida: antropologia da ciência em perspectiva. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 49-57.

SACCO, Rodolfo. Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito. Tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, 434 p.

SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Marias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

_____. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética. Tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTAELLA, Lucia. O homem e as máquinas. In: DOMINGUES, Diana (org.). A arte no século XXI: a humanização das tecnologias. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, p. 33-44.

SANTOS, Ricardo Ventura; GIBBON, Sahra; BELTRÃO, Jane (org.). Identidades emergentes, genética e saúde: perspectivas antropológicas. Rio de Janeiro: Garamond e Fiocruz, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional, RBDC nº 09, jan./jun. 2007, p. 361-388.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo, Atlas, 2011.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. In: ADORNO, Luis *et al.* Daño y protección a la persona humana. Buenos Aires: La Rocca, 1993, p. 21-80.

_____. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SGRECCIA, Elio. Manual de bioética. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995.

STERLAC. Das estratégias psicológicas às ciberestratégias: a protética, a robótica e a existência remota. In: DOMINGUES, Diana (org.). A arte no século XXI: a humanização das tecnologias. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, p. 52-62.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Indagações em torno de um estatuto do corpo humano. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 50, p. 121-164.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, vol. 18, 2010. Disponível em: <Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte>. Acesso em: 20 jan. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23-71.

TEPEDINO Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico. Vol. 3, Tomo 1, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VAZ, Henrique C. de Lima. Antropologia filosófica. São Paulo: Loyola. 11ª ed., 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy, Harvard Law Review, IV, nº 5, December, 1890, p. 193-220.

WOLFF, Francis. Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2012.
