

A DISPOSIÇÃO DO CORPO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

THE DISPOSITION OF ONE'S BODY AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND THE PRESERVATION OF ONE'S AUTONOMY OF WILL

Débora Gozzo*

Deyse dos Santos Moinhos**

RESUMO

Este artigo tem por objetivo explorar alguns aspectos concernentes à autonomia da vontade da pessoa em relação à disposição do próprio corpo sob a ótica dos direitos fundamentais. O tema ganha relevância diante da elevação de alguns direitos humanos à estatura constitucional, dentre eles a liberdade, ocasionando reflexos em todo ordenamento jurídico, dentre eles o privado. Objetiva-se ainda abordar a pessoa no ordenamento jurídico, demonstrar a fundamentação da autonomia do particular tanto como direito fundamental quanto como direito de personalidade, além de buscar trazer à reflexão as limitações legais da disponibilidade do próprio corpo e de suas partes destacáveis durante a vida.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental; Direitos da Personalidade; Corpo; Autonomia da vontade; Liberdade

ABSTRACT

This article aims at exploring some aspects of an individual's autonomy of will to dispose of her/his body in the light of fundamental rights' topics. This issue has an ever increasing relevance as some human rights were constitutionalized and now have become proper fundamental rights. One of these fundamental rights is the right of freedom. The concept of freedom is embodied in all parts of any legal system, including private law. In addition, this article also pays attention to the notion of a person in a legal system, thus trying to demonstrate that the foundation of any individual's autonomy is not only a fundamental right, but also a strict personal right. The legal limits to dispose of one's own body or its parts during a person's lifetime will also be covered.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Personality Rights; Body; Autonomy of will; Freedom

* Pós doutora pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Ex-bolsista da Alexander von Humboldt Stiftung. Professora Titular do Mestrado em Direito e da graduação do UNIFIEO. Professora da Universidade São Judas Tadeu - USJT. Professora convidada da EPM e do IICS. Ex *visiting scholar* do *Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften*, Bonn/Alemanha, e da *Bucerius Law School*, Hamburgo/Alemanha. Advogada.

** Mestranda em Direito do Unifio/Osasco na área de concentração em Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos. Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP. Graduada em Direito pelo Unifio/Osasco. Participante do Programa de Aperfeiçoamento e Prática Supervisionada (PAPS) em Direito Constitucional no Unifio. Docente da Universidade Anhanguera/Osasco. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A pessoa é sujeito de direito. É parte de uma relação jurídica capaz de adquirir, modificar e extinguir direitos. Neste sentido, o Direito Privado é marcado pela preponderância das regras que interessam aos particulares e tem como um de seus princípios estruturantes a autonomia da vontade. Assim, a pessoa pode, se quiser, estabelecer negócios jurídicos que serão regulamentados pela lei ou por cláusulas estabelecidas pela parte, como acontece com o testamento - negócio jurídico unilateral -, ou por ela e por outrem, como no contrato de locação, por exemplo - negócio jurídico bilateral.

Esta ideia inicial, por conseguinte, é pertinente quando se trata de contrato, cujo objeto é bem móvel ou imóvel. Mas como ficaria a situação na hipótese de o objeto do negócio ser o próprio corpo da pessoa? Seria isto possível, uma vez que o corpo integra o rol dos bens protegido pelos direitos de personalidade? Teria a pessoa o direito de dispor dele? Em outras palavras: teria a pessoa o direito de fazer o que quiser com o seu corpo, simplesmente por ele ser seu? Este é o tema central da discussão que será empreendida neste artigo.

Num primeiro momento será tratado, ainda que sem maior aprofundamento, em razão da complexidade do tema, o conceito de pessoa e o momento da aquisição da personalidade jurídica. Depois disso, será feita uma breve incursão nos direitos da personalidade, haja vista ter-se previsão, no Código Civil vigente, sobre eventual disposição do corpo. Na sequência, cuidar-se-á da proteção do corpo como direito fundamental. Na última parte, serão feitas considerações concernentes ao exercício da autonomia da vontade sobre o corpo e as limitações legais quanto à sua disposição.

A matéria será analisada à luz da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, dando-se especial ênfase a um de seus princípios basilares, qual seja: a dignidade humana.

2 A PESSOA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ser humano, como pessoa natural, adquire personalidade jurídica, isto é, passa a ser capaz de ser titular de direitos e obrigações - capacidade de direito ou de gozo¹-, a partir

¹ A capacidade de direito ou de gozo não se confunde com a capacidade de fato ou de exercício. Aquela acompanhará a pessoa do nascimento à morte, e tem a ver com a aptidão, conforme preleciona Caio Mário da

de seu nascimento com vida², conforme previsto no art. 2º da lei civil vigente.³ A lei, no entanto, ressalva os direitos do nascituro desde a concepção.⁴ Por sua vez, com a morte termina a existência da pessoa natural (CC, art. 6º).

Para ser pessoa⁵, portanto, basta que ela nasça com vida, que exista (DINIZ, 2011, p. 131), que esteja viva⁶.

Silva Pereira, “para adquirir direitos na vida civil (...)”. Esta, também nas palavras do citado autor “é a aptidão para utilizá-los e *exercê-los por si mesmo*”. E continua ele: “A distinção é certa, mas as designações não são totalmente felizes, porque toda capacidade é uma emanção do direito. Se hoje podemos dizer que toda pessoa é dotada da capacidade de direito, é precisamente porque o direito a todos a confere, diversamente do que ocorria na Antigüidade. E se aqueles que preenchem condições materiais de idade, de saúde etc. se dizem portadores de capacidade de fato, é também porque o ordenamento jurídico lhes reconhece a aptidão para o exercício pessoal dos direitos. Na doutrina francesa vigora uma nomenclatura diferente: diz-se que todo indivíduo tem a *capacidade de gozo*, porque tem a aptidão para tornar-se titular dos direitos civis; em contraposição denomina-se *capacidade de exercício* o poder de usá-los e transmiti-los a outrem. À *capacidade de direito* corresponde a *capacidade de gozo*; a *capacidade de fato* pressupõe a *capacidade de exercício*. Podemos dar à primeira uma designação mais precisa, dizendo-a *capacidade de aquisição*, e à segunda *capacidade de ação*” (Grifos do original). (2009, p. 225-226).

Interessante trazer a baila a lição de Orlando Gomes, ao explanar, quanto à capacidade de direito, que não se admitiria no direito moderno, sua negação total, pois haveria incapacidades parciais, relativas. Assim, assevera: Determinadas pessoas não podem ter certos direitos. As de Direito Público internacional não podem ser proprietárias de imóveis no país; os indignos não têm direito de sucessão”. (1997, p. 129). Deve-se seguir, aqui, todavia, mais uma vez, a lição de Caio Mário da Silva Pereira, ao asseverar: A capacidade de direito, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de despi-los dos atributos da personalidade. Por isso mesmo dizemos que todo homem é dela dotado, em princípio. Onde falta esta capacidade (nascituro, pessoa juridical ilegalmente constituída), é porque não há personalidade.” (2009, p. 226).

² Afirma Caio Mário da Silva Pereira: “Ocorre o *nascimento* quando o feto é separado do ventre materno, seja naturalmente, seja com auxílio de recursos obstétricos. Não há cogitar do tempo de gestação ou indagar se o nascimento ocorreu a termo ou foi antecipado. É necessário e suficiente para preencher a condição do nascimento, que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria.” (2009, p. 186).

³ O atual art. 2º da lei civil corresponde ao art. 4º do revogado Código Civil de 1916, com pequenas alterações. Clovis Bevilacqua chamava a atenção para o fato de que o Decreto n. 18, de 24 de janeiro de 1890, que regulamentou o casamento civil logo após a proclamação da República em 1889, não seguiu a tradição brasileira até então, pois “fazia retrotrahir os efeitos do casamento, em relação aos filhos *communs*, à data do *nascimento*, e [desde que] nascessem *viaveis*. Nesse caso a personalidade teria como pressupostos o nascimento e a viabilidade”. (Grifos do original). (1951, p. 189, obs. 2 ao art. 4º).

⁴ Historicamente é interessante trazer à baila a lição de Clovis Bevilacqua em relação a este assunto, uma vez que o legislador de 1916 - e o de 2002 - optou pela teoria natalista, apesar de seu projeto primitivo ter adotado a teoria da concepção, como já haviam feito Teixeira de Freitas em seu Esboço de Código Civil, Nabuco de Araújo e Felício dos Santos. E afirmava ele: “Apezar dos excellentes argumentos, em que esta opinião se firma, foi preferida a primeira [teoria natalista], por parecer mais prática.” (1951, vol. 1, p. 188, obs. 1 ao art. 4º).

⁵ Para uma análise sobre a noção de pessoa sugere-se, ainda, que se veja: (CUNHA, 2005, p. 9 e s.) Aqui o autor examina o conceito de pessoa na obra de vários autores clássicos como Kant, Savigny, Teixeira de Freitas e outros. (MARTINS-COSTA, 2003, em especial p. 21 e s. e p. 160 e s.). Para uma visão mais metafísica do termo Pessoa v.: (MORAES, 2000, p. 187 -204, em especial p. 191 e s.).

⁶ No sistema jurídico romano não era assim, o escravo era ser, mas não era homem. Equiparava-se a *coisa*, “res”. Não bastava, pois, ser *homem* para ser *pessoa*. Era preciso ser homem, ter forma humana e não estar na condição de escravo. Só assim tínhamos a *pessoa*, que se erigia como centro de direitos e obrigações na ordem jurídica-romana. (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 83-84) Acrescenta-se ainda a lição de José Carlos Moreira Alves que explica que os romanistas acordam que eram exigidos pelo menos três requisitos para caracterização da existência do ser humano: 1º) o nascimento; 2º) a vida extra-uterina; e 3º) a forma humana. Neste último requisito, aquele que não a possuísse era considerado *monstrum*, *prodigium* ou *portentum*. (2005, p. 91-93).

Nas palavras de Diogo Costa Gonçalves, “qualquer homem que exista é, necessariamente, pessoa, será sempre pessoa, permanecerá pessoa, independentemente de seu estado, circunstância ou aparência (...) só deixará de ser pessoa, quando, pura e simplesmente, deixar de ser.” (2008, p. 43).

Tem-se, portanto, que a pessoa é e sempre será considerada um ser único, autônomo, dotado de características marcantes, próprias, e que a diferenciara de outras pessoas, como ela é, “com todos os predicados que integram a sua individualidade.” (GONÇALVES, 2011, p. 100). Neste sentido, aliás, importante a lição de Paulo Otero, ao afirmar que “cada ser humano é dotado de uma individualidade biológica própria que lhe confere uma dimensão física e psíquica exclusiva, única, irrepitível, distinta de todos os demais.” (2009, p. 362). Ensinando ainda sobre a individualidade, ele assevera que esta é “uma realidade inata, inalienável e insuscetível de se reconduzir ou transformar em objeto ou coisa.” (2009, p. 364).

Assim, o ser que nasce com vida torna-se pessoa distinta de qualquer outra, com seus próprios atributos e com sua própria personalidade jurídica.

Por fim, vale notar que a personalidade jurídica não se confunde nem com a capacidade⁷, nem com os chamados direitos da personalidade. No primeiro caso, fala-se da aptidão genérica para ser sujeito de direitos e obrigações. No segundo,

consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (BITTAR, 2001, p. 1).

Enfim, será sobre esses direitos que se cuidará no próximo item.

⁷ Como ensina Santos Cifuentes, da mesma forma que há uma distinção entre pessoa e personalidade, personalidade não se confunde com capacidade. Para ele, e com razão, “la capacidad es un concepto que admite grados, ausencia parcial, limitaciones o extensiones. La personalidad, en cambio, es más bien de situación, de estática pura, de existencia elemental: existe o no; o es con ella, y si ella no se es. (...) Vale ello decir que la personalidad es un prius y la capacidad un posterius. Se es persona porque se tiene personalidad, luego, debe haber un mínimo de capacidad. Cuando falta totalmente aquélla, como tiene condición de presupuesto, han de faltar también la aptitude, los otros atributos, todos los derechos, la persona misma. Personalidad es la abstracta posibilidad de que está investida la persona.” (2008, p. 130).

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O conceito de personalidade pode variar conforme o enfoque de estudo nas grandes áreas das ciências. O dicionário define personalidade como: “1. Caráter ou qualidade do que é pessoal. 2. O que determina a individualidade de uma pessoa moral; o que a distingue de outra.” (FERREIRA, 2000, p. 530).

Percebe-se que a ideia de individualidade está intrinsecamente ligada ao conceito de personalidade, que se “resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo” (SZANIAWSKI, 2005, p. 70), de onde emanam bens jurídicos que precisam ser protegidos. A tutela da personalidade, pois, interessa ao Direito.

Segundo Carlos Alberto Bittar “a teoria dos direitos da personalidade é de construção recente (...) e deve-se principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a ideia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolavelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado.” (2001, p. 18-19)⁸.

Os direitos da personalidade são direitos inerentes à condição humana relacionados aos seus atributos, ou, ainda, como escreve Leonardo Estevam de Assis Zanini, “são o mínimo essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade de todos os seres humanos.” (2011, p. 94).

Alguns autores⁹ consideram os direitos da personalidade como direitos subjetivos. Nas palavras de Gustavo Tepedino, contudo,

a personalidade humana deve ser considerada, antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma *situação jurídica-tipo* ou a um elenco *de direitos subjetivos típicos*, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias. (2003, p. 18).

Essas variadas circunstâncias fazem com que o homem seja considerado um ser em constante evolução, sendo certo que esta proteção ou, em outras palavras, do desenvolvimento

⁸ Sobre o tema v.: (SANTOS CIFUENTES, 2008, p. 1 e s.); (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 27 e s.); (SZANIAWSKI, 2005, p. 23 e s.).

⁹ Neste sentido v.: (DINIZ, 2011, p. 132); (AMARAL, 2006, p. 247-248); (LISBOA, 2010, p. 204).

de sua personalidade dignifica a sua existência. Cite-se, neste passo, a contribuição do direito alemão com o chamado *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* como “sendo um direito do indivíduo desenvolver sua personalidade de forma livre, sem a intervenção de terceiros, agindo ou deixando de agir de acordo com sua convicção” (MIRANDA, 2013, *online*)¹⁰. Tal direito está positivado na Lei Fundamental alemã, no art. 2, 1 e dispõe: “Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não infrinjam a ordem constitucional ou os bons costumes.”¹¹ (Tradução livre).

Trata-se, aqui, portanto, da liberdade individual de desenvolver sua personalidade como bem entender, desde que não se restrinjam liberdades alheias. A liberdade está, neste aspecto, limitada pela igualdade (LUDWIG, 2002, p. 291) e pelo respeito, em nome da concretização e proteção de sua dignidade *erga omnes*¹².

Interessante, ainda, anotar as lições de Francisco Pontes de Miranda ao afirmar:

O primeiro direito de personalidade é o de adquirir direitos, pretensões, ações e exceções e de assumir deveres, obrigações, ou situações passivas em ação ou exceção. (...) Se a capacidade de direito é pressuposto do nascimento de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, o problema de existir, ou não, direito de personalidade como tal, direito-*cerne*, vem antes de se pensar em pressuposto. (...)

O direito à personalidade como tal é direito inato, no sentido de direito que nasce com o indivíduo. (...) O objeto do direito de personalidade como tal não é a personalidade: tal direito é o direito subjetivo a exercer os poderes que se contêm no conceito de personalidade; pessoa *já* é quem o tem, e ele consiste exatamente no *ius*, direito absoluto. (...) O direito de personalidade como tal não é direito sobre a própria pessoa; é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade. (...) Direitos da personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. (2000, p. 37-39).

Os direitos da personalidade, portanto, são aqueles inerentes à pessoa, como a vida, a imagem, o corpo, o nome, entre outros, e que merecem a proteção estatal. Não é à toa que eles são considerados, desde a época do Direito Romano, como sendo *ius in se ipsum*. Em outras

¹⁰ Sobre este princípio v.: (MARTINS-COSTA, 2003, p. 160 e s.).

¹¹ Texto original: “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst”. Sobre o princípio do livre desenvolvimento da personalidade v.: (MOTA PINTO, 2000, p. 61 e s.); NIPPERDEY, 2012, p. 71 e s.).

¹² No mesmo sentido, ensina Carlos Alberto Bittar que “nos direitos da personalidade, a pessoa é, a um só tempo, sujeito e objeto de direitos, remanescendo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo; daí, dizer-se que esses direitos são oponíveis *erga omnes* (e, portanto, devem ser respeitados por todos os integrantes da coletividade).” (2001. p. 30).

palavras isto significa que a pessoa teria um direito sobre o seu próprio corpo, o que acabou dando margem a uma grande discussão, fazendo inclusive com que Friedrich Carl von Savigny, fundador da Escola Histórica, não reconhecesse esses direitos, por acreditar que eles poderiam justificar o suicídio. (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 81).¹³

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 1916 não fez qualquer menção aos direitos da personalidade¹⁴. No entanto, “a matéria dos Direitos da Personalidade tinha sido versada pela doutrina brasileira, e havia sido objeto de tratamento pelo Anteprojeto de Código Civil de 1963, elaborado pelo Professor Orlando Gomes.” (ANDRADE, 2012, p. 54).¹⁵

Pela primeira vez, o atual Código Civil dedicou um capítulo para o assunto (arts. 11 a 21). Todavia, Carlos Roberto Gonçalves considera que as normas dão um tratamento “tímido a respeito de assunto de tamanha relevância, dando-lhe reduzido desenvolvimento.” (2011, p. 190).¹⁶

A Constituição da República de 1988, vale lembrar, também positivou a inviolabilidade de alguns direitos da personalidade¹⁷, bem como consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) de cujo tronco irradia uma gama de direitos. “A lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana.” (TEPEDINO, 2002. p. XXIX).

¹³ Adriano De Cupis também afirma que não há um direito ao suicídio. São suas palavras: “La volontà del soggetto non può produrre l’estinzione del diritto alla vita neanche mediante l’atto material del suicidio. Coll’execuzione di questo atto è immediatamente sopresso il bene della vita e, con esso, il corrispondente diritto. Ma il diritto avente ad oggetto la vita non ricomprende la facoltà di abuso consistente nel potere di soppressione della vita stessa: quindi, il suicidio on costituisce atto di esercizio di un diritto.” (1982, p. 104-105) Tradução livre: “A vontade do sujeito não pode produzir a extensão do direito à vida nem mesmo mediante o ato material do suicídio. Com a execução deste ato é imediatamente suprimido o bem da vida e, com isso, o direito correspondente. Mas o direito que tem como objeto a vida não compreende a faculdade de abuso consistente no poder de supressão da vida mesma: assim, o suicídio não constitui ato de exercício de um direito.”

¹⁴ Se se regressar às fontes mais antigas que imperavam no Brasil, aponta Elimar Szaniawski que serão encontradas regras de proteção da personalidade humana já nas Ordenações do Reino, ingressando no direito português (e consequentemente no Brasil) a *cláusula geral de direito da personalidade* a partir da *iniura* romana (regulando, por exemplos, atentados contra à honra) e da respectiva *actio iniurarium*, vigendo de 1532 às vésperas da vigência do Código Civil de 1916 (2005, p. 130-134).

¹⁵ O anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes tratava dos Direitos de Personalidade nos arts. 29 a 37. (GOMES, 1985, P. 127-128). Estes artigos tinham por objetivo, pelo que transparece da leitura dos escritos do citado autor, colocar um freio no chamado *ius in se ipsum*, buscando, com isso preservar a pessoa da prática de atos que pudessem prejudicá-la. (GOMES, 1965, p. 40).

¹⁶ Para uma crítica aos referidos artigos do Código Civil, v.: (VILLELA, 2012, p. 115-118).

¹⁷ Como é o caso do art. 5º, X, do texto constitucional, que dispõe serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

De qualquer modo, pode-se dizer que há hoje uma legislação referente aos direitos da personalidade tutelando seus aspectos fundamentais: o físico, o intelectual e o moral. O Código Civil constitui verdadeiro rol meramente exemplificativo, aberto, uma vez que não encerra o debate em torno do reconhecimento de novas esferas essenciais da realização da pessoa humana (SCHEREIBER, 2013. p. 16), dentre elas a disposição do próprio corpo pelo ser humano¹⁸.

4 O CORPO COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

Dentre os direitos da personalidade está o direito ao corpo, nele incluídos os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, bem como a proteção ao cadáver.¹⁹ O corpo pertence à pessoa que nasce²⁰ e representa sua expressão física de individualização na sociedade.²¹

Ensina, ademais, Anderson Schreiber que o tratamento jurídico ao corpo humano sofreu, ao longo da história, profunda influência do pensamento religioso, pois era visto como uma dádiva divina, intocável, mas que, ao longo do tempo o pensamento moderno rompeu com essa perspectiva, recolocando gradativamente a integridade corporal no campo da autonomia do sujeito. Fato é que a própria legislação civil (arts. 13-15) trata do assunto como a liberdade do indivíduo dispor ou não do próprio corpo (2013. p. 32-33).

Assim, após os registros históricos da utilização do corpo como meio de se chegar a fins ilícitos (como nos casos de escravidão, tortura, genocídio etc.), surgiram nos ordenamentos, normas capazes de assegurar proteção à integridade física e psíquica do ser humano, buscando impedir ofensas por parte do Estado e dos próprios particulares, principalmente em relação ao corpo alheio.

¹⁸ Quanto aos atos de disposição do próprio corpo previa o art. 30 do Anteprojeto de Código Civil de autoria de Orlando Gomes o que segue: “Os atos de disposição do próprio corpo ou em parte, são defesos quando importem diminuição permanente da integridade física, ou contrariem os bons costumes.” (1965, p. 127).

¹⁹ O já mencionado Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes, dispunha no art. 31 sobre a disposição do cadáver, como segue: “É lícito o ato pelo qual uma pessoa dispõe gratuitamente do seu próprio corpo, no todo ou em parte, para depois de sua morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser revogado a todo tempo, qualquer que seja sua causa.” (1965, p. 127).

²⁰ Neste sentido v.: (BUSNELLI, 2009, p. 347-359).

²¹ Interessante mencionar, aqui, o comentário de Heloisa Helena Barboza a esse respeito: O corpo juridificado, politizado, medicalizado, torna-se cada vez mais expressão da individualidade, em todas as suas manifestações culturais, religiosas, políticas, sentimentais, enfim de uma diversidade de aspectos que em seu conjunto constroem a identidade de cada ser humano. No corpo se inscrevem o pensar, o sentir e as diferenças sexuais, confirmadas e traduzidas nos papéis de gênero, signos que distinguem o indivíduo dos demais.” (2012, p. 131).

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, bem como vários dispositivos constitucionais, como é o caso, da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), e da proibição à pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalho forçado e cruel (art. 5º, XLVII), o Código Civil (arts. 13 e 14), e a lei de transplante de órgãos (Lei 9.434/97), são provas da proteção ao corpo da pessoa como direito da personalidade. Enfim, como leciona Francisco Pontes de Miranda, a pessoa, o ser humano, tem direito à integridade física (do seu corpo), isto é, sua incolumidade anatômica, ele tem o direito de não ser contagiado, envenenado ou de ter cessado seu movimento. (2000, p. 46).²²

Heloisa Helena Barboza traz a concepção do corpo como expressão da identidade do ser humano em três dimensões: a estável-individual (identificação física), coletiva (identificação social); e, dinâmica (em constante transformação). Esta identidade, como um processo complexo, é evidenciada *no* corpo, que pode ser entendido como expressão material da identidade de cada indivíduo, fiel tradutor da biografia do homem e instrumento que forma a subjetividade de cada um (2012. p. 133).

Com a preservação legal da integridade física, fala-se por via reflexa da proteção da própria vida, bem fundamental. A finalidade é a de conservar ileso ou intacto o corpo com suporte no texto constitucional (arts. 1º, III e 5º, III) e nas diversas leis, como por exemplo, no Código Penal, quando o legislador tipifica os crimes de homicídio (CP, art. 121) e de lesão corporal (CP, art. 129), ou a Lei dos Transplantes como já referido anteriormente.

Assim, pode-se considerar o corpo como sendo a expressão física da personalidade do ser humano, merecedor da proteção estatal.

5 A PROTEÇÃO DO CORPO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais²³, consagrados na Constituição de 1988, representam a proteção legal dos direitos do homem e asseguram uma série de direitos, entre eles, os direitos

²² Roberto Senise Lisboa escreve que “o direito à integridade física assegura a proteção da incolumidade ou higidez corporal. Condena-se, assim, o atentado à saúde ou segurança individual, como a prática de tortura ou de penas cruéis, públicas ou privadas.” (2010, p. 219).

²³ José Afonso da Silva prefere a expressão *direitos fundamentais do homem* alegando que é mais adequada porque “além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana

da personalidade. Note-se, desde já, que todo direito de personalidade é direito fundamental, mas o contrário não se pode afirmar. J.J. Gomes Canotilho, aliás, manifesta-se neste sentido, ao afirmar que “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade.” (2002, p. 394).

À primeira vista visualiza-se uma diferença entre os dois grandes ramos do Direito: o *Constitucional* com a sistematização dos direitos fundamentais, e o *Civil*, com os direitos de personalidade. Entretanto Maurício Mazur ensina que:

Sem violar a distinção estrutural entre as espécies de direitos, a unidade da ordem jurídica autoriza que alguns ou todos os direitos da personalidade sejam qualificados como direitos fundamentais e possibilita que os direitos fundamentais sejam contidos aos direitos de personalidade, numa operação de transposição (e não de sobreposição) de uma espécie à outra. (2012, p. 26).

Não se tem a intenção de demonstrar a predominância de uma espécie de direito sobre a outra, ao invés, prestigia uma dogmática incentivadora de relacionamento entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, como um valioso instrumento de reforço à tutela geral da personalidade em diferentes ramos do Direito. (2012, p. 26).

Os direitos de personalidade são concebidos pelo direito civil para as relações entre particulares, enquanto os direitos fundamentais são concebidos para as relações entre particulares e o Estado, embora uns e outros possam vincular sujeitos diversos conforme sua posição de paridade ou supremacia. (2012, p. 32).

O ingresso dos direitos da personalidade no normativo constitucional gera imediatamente o reforço de sua tutela, que supera o âmbito das relações particulares e passa a atuar também contra ofensas ou ameaças providas dos entes públicos. (2012, p. 32-33).

Desse modo, não há que se cogitar sobre uma eventual dicotomia entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, muito pelo contrário. No fundo eles se completam, não se opõem definitivamente.

Com esta análise pode-se asseverar que o direito à proteção e incolumidade do corpo é direito fundamental e de personalidade, concomitantemente. Não se deve esquecer, primeiramente, que a vida humana é um bem jurídico fundamental, inviolável, do qual decorrem os demais direitos da pessoa humana. Emerson Ike Coan preleciona, aliás, que se

não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.” (2011, p. 178).

trata de um direito natural, absoluto, fundamental tratado como “expressão jurídica da realidade humana.” (2001, p. 260).

Javier Saldaña reconhece que o fundamento do direito à vida é a dignidade da pessoa: “el fundamento del derecho a la inviolabilidad de la vida es la dignidade de la persona, como algo absoluto que pertenece al hombre y que radica em la naturaleza humana.”(2005, p. 44-45).

O ser humano é, portanto, a pessoa dotada de dignidade. Neste sentido a lição de Peter Häberle:

A dignidade é ‘inata’ à existência humana. Ela constitui ‘natureza’ do ser humano; ela constitui, porém, também ‘cultura’, atividade de muitas gerações e dos Homens na sua totalidade (da ‘humanidade’): a ‘segunda Criação’. A partir dessa ação recíproca se constitui a dignidade do Homem. (2005, p. 150).

João Baptista Vilella, por sua vez, escreve que a dignidade designa “a alma do projeto humano” (2009, p. 561-562), traduzindo a “intangibilidade de cada um dos indivíduos que participam do ser *homem*.” (2009, p. 561-562).

Sob a ótica constitucional, afirma Anna Candida de Cunha Ferraz, que “o princípio da dignidade da pessoa humana imprime unidade ao ‘sistema’ de direitos fundamentais abrangidos na Constituição de 1988”, preordenando, também, a compreensão, interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais “consagradoras, limitadoras ou restritivas de direitos.” (2006, p. 131-134).

Percebe-se, pois, ser inegável a assertiva de que garantir a integridade do corpo do ser humano significa proteger sua própria dignidade humana, preservar o que a pessoa simplesmente é.

Ainda pensando sobre a ótica do corpo como direito fundamental, o homem também tem como direito fundamental a liberdade, conforme *caput* do art. 5º do texto constitucional. Em apertada análise - até porque o princípio é largo em seu sentido -, liberdade traduz a ideia de agir segundo a sua vontade, de autodeterminar-se. Maria de Fátima Freire de Sá (2000, p. 28) afirma que “ser livre é estar disponível para fazer algo a si mesmo”. As práticas

interventivas pessoais e de terceiro sobre o corpo humano, contudo, devem respeitar os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, e será dentro do tema liberdade, tratado a seguir, que se cuidará especificamente da autonomia da vontade com relação ao corpo.

6 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

É indissociável a relação entre liberdade e vontade. Por meio do exercício da liberdade o ser humano coloca em prática sua autonomia da vontade e é capaz de exercer toda a gama de direitos - inclusive os de personalidade -, que integram sua esfera jurídica.

José Afonso da Silva aduz que “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de *um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade.*” (Grifos do original). (2011, p. 233).

Vale destacar a observação de Stuart Mill sobre a liberdade e a independência da pessoa sobre si:

O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano (1991. p. 53).

Portanto, liberdade e autonomia andam de mãos dadas. A autonomia da vontade representa um dos princípios mais importante do sistema normativo privado. Em síntese, está ligada à faculdade do indivíduo de poder decidir conforme o seu querer, embora isto venha a ser limitado pelas regras supremas do ordenamento jurídico.

Assim, com base na liberdade, a pessoa é capaz de tomar decisões a respeito da sua própria vida, determinando seu destino, inclusive sobre seu corpo, de forma livre, de acordo com suas convicções.

Nesta esteira, o médico, como profissional responsável pelo tratamento da pessoa enferma, deve exercer seus deveres nos termos do ordenamento vigente²⁴, dentre elas o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009); contudo ele deverá respeitar a vontade e, conseqüentemente, as decisões que vierem a ser tomadas pelo paciente.

Ensina, por sua vez, Maria Garcia, que “o princípio da autonomia estabelece o respeito pela liberdade do outro e das decisões do paciente e legitima a obrigatoriedade do consentimento livre e informado para evitar que o enfermo possa representar um simples objeto.” (2012, p. 73).

Da mesma forma, no campo da Bioética, a ciência que estuda a ética e a vida, e que se traduz num verdadeiro compromisso social do Direito e da Medicina (SEGUIM, 2001, p. 34), também se verifica o respeito à autonomia da vontade do paciente pelo médico, por meio de um dos quatro grandes princípios éticos norteadores da experimentação com o corpo do homem (os outros princípios são o da beneficência, da não maleficência e o da justiça).²⁵

O médico, portanto, deve respeitar a vontade do paciente, informando-lhe sobre seu diagnóstico bem como sobre as opções de tratamentos ou experimentações disponíveis. Com os devidos esclarecimentos dos riscos e das “questões que envolvem seu corpo e sua vida” (GOZZO; LIGIERA, 2012, p. 95) o paciente poderá de maneira voluntária fornecer ao médico o consentimento informado.

Relacionando o consentimento informando com alguns institutos analisados até aqui, Débora Gozzo assevera:

Será justamente o consentimento informado, baseado na liberdade do paciente de escolher, de decidir sobre sua vida, sobre os principais aspectos relacionados à sua saúde, que se garantirá o cumprimento do princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III da Constituição da República. Entenda-se por dignidade humana a qualidade intrínseca da pessoa, fato que

²⁴ Registra-se que o corpo do ser humano deve ser respeitado pelo médico. Cf. Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931/2009, Cap. I, Dos Princípios Fundamentais: VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 14 jul. 2014.

²⁵ Como ensina Maria Helena Diniz estes princípios estão consignados no *Belmont Report*, publicado, em 1978 pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental). (2007, p. 14).

se refletirá no respeito que ela mercê não só por parte do Estado e dos seus concidadãos, mas também dela para consigo mesma. Afinal, o livre desenvolvimento de sua personalidade se concretiza também por meio da manifestação dessa vontade que concerne, neste caso, seu corpo, sua vida, seu tratamento médico. (2014, p. 136-137).

Por fim, conciliando o princípio da autonomia da vontade com a legislação civil a respeito do corpo, percebe-se que o Código Civil limitou-se a regulamentar somente os atos de disposição do corpo humano. Em outras palavras, como observa Anderson Schreiber, “a codificação veio cuidar tão somente da relação entre a proteção ao corpo e a vontade do seu titular, procurando determinar em quais circunstâncias pode uma pessoa ‘dispor’ no todo ou em parte, do seu próprio corpo.” (2013, p. 33).

A grande pergunta que se faz a esta altura é: o ser humano pode dispor de forma ilimitada de seu próprio corpo, com fulcro no direito fundamental da liberdade, da autonomia da vontade, ou existem limites legais para esta utilização, em nome de uma fundamentação maior que a vontade? Esta e outras questões serão analisadas a seguir.

7 LIMITAÇÕES À DISPOSIÇÃO DO CORPO

A atuação e o avanço da ciência sobre o corpo humano aliados à autonomia da vontade da pessoa, pode trazer sérias consequências causadoras de um descontrole social da biotecnologia, motivo pelo qual Medicina e Direito devem estar juntas na defesa de seus respectivos interesses. Como bem colocam Maria Cláudia C. Brauner e Serli Bölter “o desafio consiste em afirmar os valores éticos que possibilitem o avanço tecnológico, sem transformar o homem e a mulher em sua dimensão corporal, em simples ‘coisas’ ou objetos, livremente utilizáveis e modificáveis.” (2012, p. 189).

A pessoa, portanto, não pode ser vista como coisa, como uma mercadoria.²⁶ Há uma unidade entre o ser humano e o seu corpo, sendo certo que a utilização deste último deverá

²⁶ Interessante a análise do mercado por uma perspectiva ética e moral, feita por Michael J. Sandel. Em determinado momento ele afirma: “Os economistas costumam partir do princípio de que os mercados são inertes, de que não afetam os bens neles trocados. Mas não é verdade. Os mercados deixam sua marca. Às vezes, os valores de Mercado são responsáveis pelo descarte de princípios que, não vinculados aos mercados, devem ser respeitados”. (2012, p. 15). Quanto ao problema da mercantilização do corpo, não se pode deixar de mencionar Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa, que escrevem na conclusão de seu livro: “Pode-se indicar, enfim, as implicações da escolha *corpo-mercado* na vida do cidadão e nas relações com a natureza. Deve-se aceitar que tudo, incluindo nós mesmos, possa ser comprado ou obtido através do poder, exercitado de modo agressivo ou mediado pela força da moeda? Tudo pode ser comprado (ou eventualmente roubado): os órgãos para transplantes, o sangue para as transfusões, os recém-nascidos para as adoções, as mulheres e meninas para a

encontrar limites na legislação.²⁷ E é neste sentido que se manifestam as autoras acima citadas:

A separação entre o indivíduo e seu corpo, provocada pela prática médica atual, possibilita a instrumentalização do corpo. (...) Busca-se evitar que a vida e o corpo humano se transformem em mercadoria, no intuito de construir-se um sistema jurídico direcionado a responder aos novos e polêmicos dilemas da modernidade, dentre os quais as pesquisas genéticas, que devem se voltar ao cuidado da saúde e da melhoria da qualidade de vida. (2012. p. 192-193).

A intervenção no corpo humano pode ser causada pelo próprio sujeito, por meio de suas próprias mãos - hipótese de autolesão - ou de um terceiro devidamente autorizado, habilitado ou não profissionalmente. Neste sentido, Heloisa Helena Barboza faz um estudo dessa questão sob esses dois aspectos. Pelo primeiro, unilateral, que envolve a disponibilidade sobre o próprio corpo, ou seja, sobre o alcance da autonomia da vontade no que concerne ao próprio corpo físico. Pelo segundo, bilateral, diz respeito à atuação de uma pessoa sobre um corpo que não é o seu. (2012, p. 129-130)

O fato é que a pessoa tem autonomia para poder determinar o caminho que deseja traçar a respeito da disposição do seu próprio corpo, sem esquecer que a vida humana guarda especial proteção constitucional. Em razão disto, o ordenamento jurídico coíbe a prática de atos que possam vir a comprometer o bem maior que é o direito à vida. Isto acontece basicamente por meio dos bons costumes e da lei, procurando regulamentar os limites possíveis de disposição do corpo humano, contra todo e qualquer comportamento em sentido

prostituição? Tudo pode tornar-se propriedade privada do mais forte incluindo as espécies animais e vegetais transformadas geneticamente, as espécies que nasceram da evolução natural e que podem ser utilizadas com fins alimentares, industriais e terapêuticos, e a própria espécie humana? Até que ponto isto é compatível com os valores que, entre muitos conflitos e retrocessos, afirmaram-se nas últimas décadas, como os direitos humanos e o equilíbrio do meio-ambiente?" (Grifos do original) (2001, p. 249-250)

²⁷ Debra Satz assevera que "(...)mercados podem ser *componentes* da liberdade. Como Amartya Sen observou, a liberdade para se engajar em transações com outros, para decidir onde trabalhar, o quê produzir, e o quê consumir, são partes importantes de uma total liberdade da pessoa. Escolher frequentemente tem um valor intrínseco: muitas de nossas ações têm um significado especial para nós, precisamente porque nós as escolhemos. Reflita-se sobre a compra de um presente de aniversário para um amigo devotado. Mesmo se eu pudesse contratar alguém para tomar a decisão e comprar para mim, poderia querer fazer isso eu mesma, como um modo de expressão e comunicação com os próprios sentimentos. (Grifos do original) (Tradução livre) (2010, Parte II, E-Book). Texto original: (...) markets can be *components* of freedom. As Amartya Sen has noted, the freedom to engage in transactions with others, to decide on where to work, what to produce, and what to consume, are important parts of a person's overall freedom. Choosing often has an intrinsic value; many of our actions have a special meaning for us precisely because we chose them. Think about buying a birthday gif for a devoted friend. Even if I could hire someone to make the choice and purchase for me, I may not want fo do it myself as a way of expressing and communicating my own feelings."

contrário, como sua destruição ou a violação de sua integridade²⁸. Neste sentido, ensina Roberto Senise Lisboa que o “titular do direito ao corpo pode dele se utilizar conforme lhe aprouver, vedando-se o uso atentatório à vida ou à saúde física ou mental, pois estes últimos são valores mais significativos.” (2010, p. 221).

Examinar-se-á, a seguir, algumas limitações legais quanto à disposição do corpo:

A) Autolesão: é a situação em que a pessoa provoca danos físicos em seu próprio corpo.

Não há impedimento legal quanto à autolesão do corpo (como por exemplo, nos casos de tatuagem, cortes, *piercing*, inserção de silicone etc.). Carlos Alberto Bittar denomina a autolesão como “mutilação voluntária” afirmando que terá efeitos no mundo jurídico “quando em conexão com objetivo não permitido pelo ordenamento.” (2001, p. 76) Em outras palavras, se a pessoa se automutila para obter benefícios da previdência, tem-se um caso de ato ilícito, que precisa ser reprimido pelo ordenamento, tendo em vista que o objetivo a ser alcançado é fraudulento.²⁹ A autolesão com objetivo de fraudar a lei para fins de recebimento de benefício de seguro^{30 31} também deve ser coibida.

A lesão é punível se afetar direitos ou patrimônio de terceiros, como no caso do Estado ou do seguro, por exemplo, referidos acima. A violência contra si próprio, porém, é fato não passível de punição. A autonomia da vontade, desse modo, não encontra óbice algum nessas hipóteses.

B) Inalienabilidade do corpo: o corpo não é passível de ser objeto de negócio jurídico patrimonial. Deste modo, a disposição de partes do corpo, tecidos e órgãos para efeitos de

²⁸ Neste sentido: “(...) o direito de disposição está subordinado à regra que determina que o uso das coisas deva ser feito de acordo com sua natureza e finalidade, conservando o ser humano em relação a isto o seu livre arbítrio e a sua responsabilidade moral. O legislador apenas intervirá para vedar a prática de atos materiais ou jurídicos que se constituam num perigo social”. (SZANIAWSKI, 2005, p. 471).

²⁹ O filme “Abutres”, do diretor argentino Pablo Trapero, de 2010, trata desta problemática.

³⁰ O que contraria o disposto no art. 765 do Código Civil: “o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

³¹ A hipótese citada constitui, ainda, crime de estelionato previsto no art. 171, § 2º do Código Penal: “§ 2º - Nas mesmas penas [pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis] incorre quem: V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro”.

transplante é sempre gratuita, conforme previsto no art. 199, § 4º da Constituição Federal e arts. 1º e 9º da Lei 9434/97.

As partes destacáveis e regeneráveis do corpo, como o cabelo, a barba, as unhas, o óvulo e o sêmen, bem como o leite materno podem ser comercializados, apesar de integrarem o rol dos bens que constituem os direitos de personalidade, porque não há impedimento legal na cessão deles. Necessário, porém, a autorização daquele que dispõe do seu corpo. Caso contrário, ou seja, se contra a sua vontade, a retirada destas partes configuraria ato ilícito (civil) *stricto sensu*. (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 50).

Roberto Senise Lisboa observa que pode haver exploração econômica dos bens que compõem o objeto dos direitos de personalidade, sem que se desnature a extrapatrimonialidade, tratando-se de partes regeneráveis do corpo. (2010, p. 224). Além disso, tais partes poderão ser utilizadas para ajudar na realização pessoal do próprio sujeito de direito, ou até mesmo a salvar outras vidas.

Com relação ao sangue, ressalve-se que, apesar de regenerável, a Lei 10.205/01 vetou a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização, em todo território nacional, de seus componentes e hemoderivados. Este material, portanto, encontra-se indisponível comercialmente.

D) Direito às partes separadas do corpo: a remoção de partes do corpo vivo³², por óbvio, encontra limites legais quando puder causar prejuízo à saúde. Quando, no entanto, tratar-se de extração por exigência médica, ela está autorizada, desde que “não implique mutilação, e não haja intuito lucrativo.” (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 157).

O art. 13 do Código Civil proíbe o ato de disposição do corpo, exceto por exigência médica, “quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Tem a pessoa, portanto, o direito de dispor de seu próprio corpo para outras

³² No que tange às partes separadas do corpo, leciona Maria Helena Diniz: “As partes separadas acidentalmente ou voluntariamente do corpo são consideradas coisas (*res*), passam para a propriedade do seu titular, ou seja, da pessoa da qual se destacaram, que delas poderá dispor, gratuitamente, desde que não afete sua vida, não cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física, não acarrete perda de um sentido ou órgão, tornando-o inútil para sua função natural, e tenha em vista um fim terapêutico ou humanitário.” (2007, p. 272).

finalidades de uma vida social normal, respeitando o limite natural do direito à vida. (BITTAR, 2001. p. 79).

Explica Ives Gandra da Silva Martins que

o que contrariar, todavia, os bons costumes, nem por determinação médica poderá ocorrer, como seria o do transplante de órgãos genitais, se tal tipo de transplante possível fosse”, e arremata dizendo que “a lei civil vem apenas valorizar a dignidade da pessoa humana, vedando explorações indevidas por interesses vis ou desumanos. (2003, p. 60).

A Lei de Transplantes (Lei nº 9.434/97) permite a doação gratuita de órgãos como fígado, medula óssea, pâncreas, rim e pulmão, órgãos duplos e regenerativos, nos limites mencionados no art. 9º, § 3º da referida lei³³.

Lembra-se, aqui, ainda, do Enunciado nº 532 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, aprovado nos dias 11 e 12 de março de 2013, que dispõe ser “permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil”.

O enunciado faz referência ao art. 13 do Código Civil, visando orientar sobre a possibilidade de disposição do corpo em vida, nos termos acima mencionados.

D) Disposição *post mortem*: após a morte, o corpo passa a ter a denominação de cadáver, não havendo vedação legal quanto à sua utilização. Tanto é que o art. 14 do Código Civil prevê ser “válida com o objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”, podendo o “ato de disposição ser revogado a qualquer tempo”, conforme previsto no parágrafo único do citado artigo de lei.

O artigo reforça a ideia de que o indivíduo é o titular de seu corpo e que, mesmo após a sua morte, poderá dar o fim que desejar ao seu cadáver, podendo este “servir à humanidade, após a morte, com utilização de órgãos ou de todo o organismo em prol de pessoas necessitadas de transplante ou da pesquisa científica.” (MARTINS, 2003, p. 61).

³³ Art. 9º, § 3º da Lei 9.434/97: Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.”

Todavia, parece que permitir que se faça “qualquer coisa” com o corpo morto seria ferir a dignidade humana e a memória do falecido. Os bons costumes serão o verdadeiro parâmetro desta disposição, além, como lembra Carlos Alberto Bittar, da proteção penal ao sentimento religioso e o respeito aos mortos, bem como, no plano sanitário, a necessidade do sepultamento frente à decomposição do corpo, salvo algum condicionamento. (2001, p. 87-88).

Vale observar ainda, que com a morte encefálica devidamente comprovada³⁴ é possível a doação de órgãos segundo a vontade manifestada em vida pelo indivíduo ou, após sua morte, caso não haja óbice por parte da família (art. 4º da Lei nº 9.434/97).

E) Tratamento médico e intervenção cirúrgica em caso de risco de vida: em qualquer destes procedimentos é imprescindível a autorização do paciente, conforme art. 15 do Código Civil.

É dever do médico prestar todas as informações necessárias³⁵ e de forma adequada³⁶ a respeito do diagnóstico do paciente, para que este tome a decisão que achar conveniente sobre os aspectos relacionados à sua saúde. E, assim, o médico não pode desrespeitar sua decisão, exceto em caso de perigo iminente, conforme previsto no art. 31 do Código de Ética Médica³⁷.

Lembra Wilson Ricardo Ligiera sobre o consentimento informado do paciente que ele:

(...) constitui um direito fundamental do paciente, somente em casos verdadeiramente excepcionais ele pode sofrer restrições, v.g., em ocasiões em que seja premente a atuação imediata a fim de salvaguardar a vida da pessoa agonizante. Nessas hipóteses, limita-se temporariamente a necessidade de obtenção do consentimento informado para preservar o que se considera um bem maior.

³⁴ Nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1480/97.

³⁵ Não se olvide que as disposições do Código de Defesa do Consumidor a respeito do direito à informação do consumidor e o dever de transparência do fornecedor (art. 4º, IC e art. 6º, III).

³⁶ Empresta-se o termo “adequada” do art. 5º do CDHBM do Conselho da Europa de 1997 que dispõe: “não se poderá realizar intervenção alguma sobre uma pessoa em matéria de saúde sem seu consentimento informado e livre. Dita pessoa receberá previamente informação adequada sobre a finalidade e natureza da intervenção, assim como de suas consequências e riscos”. (Apud CASABONA, 2004, p. 137).

³⁷ Cf. art. 31 da Resolução CFM nº 1931/2009 (Código de Ética Médica) que dispõe: *É vedado ao médico, art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.* Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 14 jul. 2014.

(...) O profissional deve fazer de tudo para possibilitar o exercício do direito de escolha esclarecida do paciente. Com efeito, há situações em que, a despeito da urgência, o risco de perder a vida não é imediato e a intervenção pode ser postergada. Nesses casos, o médico não poderá intervir sem autorização do paciente. O mesmo se diga naqueles quadros em que, embora não haja tempo para se transmitir ao doente uma explicação detalhada, seja possível o fornecimento das informações básicas e suficientes para que ele esteja apto a consentir validamente no tratamento proposto. (LIGIERA, 2012, p. 101).

Tem-se, portanto, uma verdadeira expressão da autonomia da vontade sobre o corpo do sujeito. Em que pese isso, João Baptista Villela observa que o art. 15 do Código Civil “restringe o exercício da liberdade pessoal” porque o indivíduo somente pode escolher o tratamento ou a intervenção cirúrgica em caso de risco de vida, sendo certo que tal direito “deveria ser garantido *tout court*, sem qualquer condicionamento.” (2012, p. 124). É de se apoiar esta opinião, que dá embasamento ao presente tema, posto ser a liberdade um direito fundamental do homem.

Estas são algumas limitações que a pessoa sofre em relação à disposição de seu corpo, tendo-se em vista que o ordenamento busca a proteção de sua dignidade humana.

8 CONCLUSÃO

Por meio da análise acima exposta, verifica-se que a disposição do corpo é limitada tanto pelas legislações civil e constitucional quanto pelos bons costumes, e demais leis que complementam o ordenamento jurídico pátrio.

Muito embora a pessoa não possa fazer com o seu corpo o que bem entender, ela tem liberdade para dele dispor, desde que isto não implique ofensa ao direito à vida ou à esfera jurídica de terceiros. Importante é notar que não há direito absoluto no sentido de não sofrer restrições, que pode ser exercida sobre o seu próprio corpo, sob algumas condições, como visto, de disposição do corpo de forma gratuita e para fins científicos.

Pela construção exposta ao longo do texto, pode-se afirmar que a autonomia da vontade, também no campo do exercício dos direitos de personalidade, no caso do direito de dispor do corpo, tem seus alicerces erguidos sobre o direito fundamental da liberdade, garantido pelo caput do art. 5º da Constituição. No entanto, pelo exposto ao longo do texto,

ela só pode ser efetivamente exercida pela pessoa nos termos da lei, sendo imprescindível, para isto, o respeito ao princípio da dignidade humana.

O equilíbrio advém de tentar encontrar uma forma de assegurar que o corpo humano seja respeitado e protegido, em vida ou após a morte, evitando que não se transforme em um mercado, cuja evolução do exercício dos direitos da personalidade requisitará mais do Direito a fim de constituir um sistema jurídico direcionado a responder aos novos e polêmicos dilemas da modernidade. Este é o desafio.

Apesar de não se ter pretendido de forma alguma esgotar o tema, até porque isso não seria possível diante das grandes transformações que têm ocorrido quanto ao desenvolvimento da personalidade do ser humano, espera-se que o leitor tenha tido a possibilidade de tomar contato com alguns dos problemas referentes, no campo da bioética, da disposição de seu corpo ou de partes dele.

9 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6^a. ed. ver. ampl. e aum.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade nos dez anos de vigência do Código Civil de 2002, *In*: Lotufo, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51 - 85.

BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais, *In*: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126-147.

BERLINGUER, Giovanni. GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. 2^a. Ed. Trad. de Isabel Regina Augusto. Brasília: UnB, 2001.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 9^a. Ed. Atual. por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951, vol. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5^a. ed. rev. atual. e aum. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. BÖLTER, Serli Genz. O ser humano e o corpo: contribuições da bioética e do biodireito para a proteção dos direitos da personalidade *In*: CALGARO, Cleide. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe (Org.). **Direito ambiental e biodireito**: da modernidade à pós-modernidade. Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 185-207.

BUSNELLI, Francesco Donato. De quem é o corpo? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade [Trad. Cristiane Avancini Alves] *In*: MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Leticia Ludwing (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 347-359.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^a. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A.. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação médico e paciente: aspectos jurídicos *In*: CASABONA, Carlos María Romeo. QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 128-172.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito: traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade humana e inviolabilidade do direito à vida. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 246-266.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 19^a. Ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milão: Giuffré, 1982.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4^a. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz (Org.). **Direitos humanos fundamentais**: positivação e concretização. Osasco: Edifício, 2006, p. 115-181.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurelio século XXI: o minidicionário da língua portuguesa**. 4^a. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GARCIA, Maria. Bioética e o princípio da autonomia: a maioria kantiana e a condição do autoconhecimento humano. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63 - 89.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12^a. Ed. Atual. e com notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMES, Orlando. **Código Civil**: Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Orlando. **A reforma do Código Civil**. S.l.: Universidade da Bahia, 1965.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9^a. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos da Personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito da personalidade. *In*: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93-113.

GOZZO, Débora. Direito à Vida e Autonomia da Pessoa Humana: o poder de decidir seus rumos. *In*: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. GOZZO, Débora. (Org.). **Estudos e Ensaio em Homenagem a Luiz Carlos de Azevedo**. São Paulo: Target, 2014 , p. 121-139.

HÄRBELE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89-152.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Consentimento informado do paciente *In*: GOZZO, Débora. **Informação e Direito Fundamental: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91-105.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. teoria geral do direito civil. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. *In* MARTINS-COSTA, Judith (Org). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 265-305

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os direitos da personalidade. *In*: NETO, Domingos Franciulli. MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 54-69.

MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, personalidade, dignidade**. São Paulo: Tese de livre-docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003. (Monografia não publicada).

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25-64.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, *In*: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_10_11175_11211.pdf. Acesso em: 23 jun. 2014.

MORAES, Walter. A concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *In*: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 2, p. 187-204.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 1.

MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Lael, 2000, p. 61-83.

NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. Trad. Luís Afonso Heck. *In*: HECK, Luís Afonso. (Org./revisor). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012, p. 71-90.

OTERO, Paulo. Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. *In*: CAMPOS, Diogo Leite de Campos; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). **Pessoa Humana e Direito**. São Paulo: Almedina, 2009. p. 349-379.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 23^a. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, vol. VII.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Biodireito e Direito ao próprio corpo: doação de órgãos**, incluindo o estudo da Lei 9.434/97. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SALDAÑA, Javier. El derecho a la vida. La defensa de Tomás de Aquino y John Finnis *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito Fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 35-56.

SANDEL, Michael J.. **O que o dinheiro não compra: Os limites morais do mercado**. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro, 2012.

SANTOS CIFUENTES. **Derechos personalísimos**. Buenos Aires: Astrea, 2008.

SATZ, Debra. **Why some things should not be for sale: The moral limits of markets**. New York: Oxford, 2010. E-book.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2^a. ed.. São Paulo: Atlas, 2013.

SÉGUIM, Elida. **Biodireito**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20^a. ed.. São Paulo: Malheiros, 2011.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 9^a. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2^a. ed. rev. at. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e Direitos da personalidade *In*: **Cadernos da Escola de Direitos e Relações Internacionais**. Curitiba: Unibrazil, 2003. v. 2, n.2, p. 15-31.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XV-XXXIII.

VILLELA, João Baptista. **Variações Impopulares sobre a Dignidade da Pessoa da Humana**. Brasília: STJ, 2009, p. 561-581.

VILLELA, João Baptista. O Novo Código Civil Brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico. *In*: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114-125.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito da Personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.