

**A PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E DISCURSOS NORMATIVOS DE
JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VALIDADE E
ADEQUAÇÃO DAS REGRAS DOS ARTS. 11 E 13 DO CC/2002**

**THE LEGAL PROTECTION TO BODY INTEGRITY AND NORMATIVE
DISCOURSE LEVELS OF JUSTIFICATION AND APPLICATION:
CONSIDERATIONS ON THE VALIDITY AND APROPRIATENESS OF THE
RULES OF THE ARTICLES 11 AND 13 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE**

Bárbara Rodrigues de Paula

Denis Franco Silva

Resumo: O presente artigo, em oposição à tendência da atual doutrina brasileira, pretende comprovar a validade e a possível adequação situacional das normas precedentes dos artigos 11 e 13 do Código Civil. Isso será possível através da comprovação de que as recentes críticas a tais dispositivos se referem a uma análise equivocada acerca da indisponibilidade dos direitos de personalidade e, especificamente, do direito ao próprio corpo. O equívoco encontra-se em apreciar as referidas normas concentrando os momentos de fundamentação e de aplicação normativas em um único ato. Ao contrário disso, analisar-se-á as referidas normas sob a óptica de Klaus Günther, para quem juízos de justificação e de adequação, apesar de complementares, são independentes.

Palavras-chave: autonomia; disposição do próprio corpo; juízo de justificação; juízo de adequação.

Abstract: The present article, in a criticism to a current trend in the Brazilian doctrine, intends to prove the validity and the possible appropriateness to particular situations of the rules stated by the articles 11 and 13 of the Brazilian Civil Code. The aim pursued is to show that recent critics to these articles are focused on a questionable analysis of the prohibition of acts of disposal of privacy rights in general and, specifically, of one's right to her/his own body or right to body integrity. The hypothesis is that the critics to those articles are mistaken because they merge normative justification and application moments. In order to prove this hypothesis, the rules of the articles 11 and 13 of the Brazilian Civil Code will be analyzed regarding independent, but complementary, senses of validity and appropriateness as these concepts were described by Klaus Günther.

Key-words: autonomy; own body disposal; sense of justification; sense of appropriateness.

1. Introdução:

Dentre as principais formas de manifestação da autonomia humana, encontra-se a possibilidade de conformação da imagem corpórea à imagem psíquica que o ser humano

possui ou deseja possuir de si mesmo. A razão disso talvez se encontre no fato de ser o corpo físico o principal instrumento de individualização e realização da personalidade humana. Conseqüentemente, como projeto em contínuo desenvolvimento, o homem está e sempre esteve em constante processo de modificação do próprio corpo, seja para atingir um padrão estético que admira, seja para manifestar-se culturalmente.

O ato de disposição do próprio corpo, apesar de constituir expressão da autonomia humana, pode, em alguns casos, exceder a esfera de liberdade privada e atingir, em maior ou menor grau, a esfera privada de terceiros e, até mesmo, gerar danos gravosos ao espaço relacional intersubjetivo. Ademais, essa autoconformação corporal pode implicar em redução permanente da integridade física humana.

Nesse contexto, sobressai-se o papel do Direito de eximir-se ou de regular e estabelecer os limites para a realização de procedimentos de alteração da aparência física. Por estarem esses procedimentos inseridos no âmbito da autonomia privada do sujeito e, portanto, na forma como esse deseja orientar a vida que pretende viver, encontram-se regulados juridicamente pelos direitos da personalidade, os quais visam proteger a dignidade e a integridade humana.

No ordenamento jurídico brasileiro, destacam-se os artigos 11 e 13 do Código Civil de 2002, que tratam da irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos da personalidade e das restrições ao ato de disposição do próprio corpo, respectivamente. Ambos os artigos, a princípio, parecem traduzir uma proteção deveras excessiva e desnecessária do Estado, que busca determinar objetivamente o que é melhor para o sujeito – constituindo-se como uma proteção desvinculada da subjetividade própria de cada indivíduo.

Destarte, as normas precedentes desses artigos do Código Civil são alvo de críticas de grande parte da doutrina brasileira, que argumenta, principalmente, contra a desconsideração da individualidade do homem como um ser único que possui desejos e vontades próprias, muitas vezes, contrastantes com as vontades e desejos dos demais.

Todavia, tais críticas revelam-se equivocadas ao analisar os referidos artigos a partir de uma visão resumida a um único ato: concentrando os momentos de criação e de aplicação de uma norma em um único momento. Elas, conseqüentemente, confundem o prognóstico de futuras situações de incidência normativa realizado no momento de criação da norma com o diagnóstico a ser realizado no momento de aplicação da mesma, quando, à luz das circunstâncias do caso concreto, a previsão normativa geral e abstrata adequar-se-á à situação particular. Logo, a conclusão não poderia ser diferente, senão que tais normas revelam-se atentatórias à autonomia da pessoa.

Contra essa tendência doutrinária, desenvolver-se-á o presente artigo. A partir da aplicação do princípio de universalização normativa “U”, sugerido por Habermas e, posteriormente, desenvolvido por Klaus Günther, as normas precedentes dos artigos 11 e 13 do CC/2002 serão apreciadas sob a ótica de juízos normativos de justificação e de adequação. Desse modo, comprovar-se-á a validade e a possível adequação situacional das respectivas normas.

2. Limites à disposição do próprio corpo: uma breve revisão de literatura

Uma das maiores e mais significativas conquistas jurídicas foi o reconhecimento da autonomia privada. Tratada, primeiramente, por Kant, como autonomia moral, baseava-se na ideia de que a “moralidade, em si, se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para obedecê-la, afastando-se concepções deterministas de caráter natural ou teológico” (SCHENEEWIND, 2006, p. 135).

Assim, para Kant, a liberdade – a base da autonomia moral – é própria de todos os seres racionais e a ação livre é resultado do agir racional, isto é, sem qualquer influência do mundo sensível. Contudo, esse conceito kantiano passou por algumas releituras, tornando-se a base sobre a qual se desenvolveu todo o direito privado durante o século XIX, século marcado pelo espírito liberal exacerbado. Segundo a concepção oitocentista, a liberdade passou a possuir acepção negativa, significando a ausência de impedimentos ao agir. Esse conceito, inicialmente restrito à esfera política, foi abarcado também pelo direito privado, de modo que para a livre concretização dos interesses individuais, rejeitava-se tanto os impedimentos impostos pelo Estado quanto pelos particulares (SILVA, 2006).

De acordo com esse entendimento, era explícita a oposição entre a autonomia privada e os limites impostos a ela, derivados das leis gerais e abstratas originadas do poder público – ou seja, a autonomia pública. Porém, contra essa oposição, Jürgen Habermas (2005) defende a ideia de cooriginariedade entre autonomia pública e privada, uma vez que considerou ser o processo de individualização do ser humano concomitante ao seu processo de socialização. A partir dessa perspectiva, assumiu-se a nova e atual compreensão acerca dos limites da liberdade, segundo a qual os dispositivos legais não servem mais como obstáculo ao agir autônomo, mas como uma manifestação ampliada do mesmo. Assim, passou-se a falar

em uma autonomia intersubjetiva, segundo a qual, a realização da liberdade individual depende da realização da liberdade dos outros indivíduos.

Desse modo, hodiernamente, são admissíveis – e aceitas genericamente pelos particulares – restrições à autonomia privada que se fundamentem na necessidade de proteção social, uma vez que o exercício ilimitado da liberdade pessoal pode gerar efeitos na esfera individual de terceiros. Todavia, é altamente rechaçada, sob a ótica do liberalismo político, qualquer tentativa injustificada de restrição a essa autonomia, como por exemplo, a imposição de um ideal de vida boa que deva ser seguido por todos, independentemente das crenças e interesses particulares.

Nesse embate entre a autonomia individual e as restrições impostas a ela, destacam-se as possibilidades de disposição do próprio corpo. Ao mesmo tempo em que esse ato de disponibilidade representa a liberdade de autoconformação da imagem corpórea, o mesmo encontra obstáculos normativos, principalmente, quando implica na redução da integridade física, invade a esfera privada de terceiros ou gera danos na esfera relacional intersubjetiva.

Acerca das modificações corporais que resultam em redução permanente da integridade física, como revisão de literatura dentro da tradição do *Common Law*, destaca-se, o trabalho de G. R. Sullivan (2011). Defendendo a existência de direitos inalienáveis que não comportam transgressão, mesmo que mediante consentimento do ofendido, o referido artigo é desenvolvido sobre as bases do liberalismo e da defesa dos direitos irrenunciáveis e inalienáveis. Para tanto, Sullivan utiliza-se do parecer de diversos renomados autores – argumentos que, além de enriquecer o artigo, ratificam a ideia defendida pelo professor.

Dentre esses autores, encontra-se Irving Kristol (1971), o qual, na defesa da indisponibilidade de alguns direitos, parte do seguinte exemplo: dois gladiadores são pagos para lutar até a morte em frente a uma platéia de espectadores que pagaram para estar ali. Apesar do consentimento de todos os envolvidos, segundo o autor, essa conduta constitui-se ilícita, uma vez que há a violação de direitos inalienáveis e irrenunciáveis, como à integridade física, tanto por parte dos gladiadores que se agridem mutuamente, quanto por parte dos espectadores, que, através do pagamento e da audiência, induzem ou facilitam a ocorrência da luta. Utilizando o mesmo exemplo, em sua obra *Harm to others*, Joel Feinberg (1984) chega à conclusão diversa a de Kristol. Segundo Feinberg, como a prática de duelos está circunscrita à esfera privada de decisões do sujeito, esta não poderá ser tida como ilícita, mesmo que cause sentimentos de desgosto e repúdio em terceiros, uma vez que a vida particular deve ser vivida livremente, independente da desaprovação dos demais.

Gerald Postema (2005), por sua vez, acredita que, a fim de evitar a ocorrência de casos como o supracitado e, por conseguinte, dos potenciais danos que a prática dos mesmos pode provocar, duas posturas podem ser adotadas. O Estado pode adotar uma postura paternalista, proibindo esses comportamentos pelos danos que os mesmos causam. Ou, alternativamente a isso, pode o Estado adotar uma postura de respeito à autonomia individual dos adultos capazes e, em consideração a essa autonomia, declarar a existência de direitos inalienáveis e irrenunciáveis, posto que, mesmo dentro de uma lógica liberal, existem valores que devem ser sobrepostos à vontade particular dos indivíduos. Restaria, pois, ao Estado, as árduas tarefas de estabelecer quais direitos sofreriam essa restrição e de encontrar um equilíbrio entre a livre escolha dos particulares, as rígidas leis do paternalismo e o liberalismo.

Diante desses entendimentos, Sullivan (2011) destaca que, no liberalismo, além da consideração do valor da escolha autônoma em si mesma, deve-se também considerar as circunstâncias que levam o indivíduo a realizá-la e a capacidade desse indivíduo. A influência cultural deve, então, ser considerada, uma vez que pode existir uma significativa distância entre o que a pessoa efetivamente escolhe e o que ela realmente deseja escolher. Dessa forma, restringir as escolhas disponíveis pode, paradoxalmente, aumentar, ao invés de reduzir, a liberdade dos indivíduos, na medida em que as opções indesejadas podem ser eliminadas, reduzindo a distância entre as escolhas externadas e os desejos individuais internos – em suma, algumas restrições legais podem maximizar, e não minimizar, o grau de liberdade das pessoas. Isso é claramente exemplificado pela proibição dos duelos, na Inglaterra. Antes de ser decretada a ilicitude da prática, muitos se submetiam aos duelos, pois, mesmo não desejando, faziam-no em defesa da própria honra e em resposta a uma imposição social. Com a proibição da prática, apesar de muitos lamentarem, outros sentiram-se aliviados, pois a recusa em duelar não mais resultaria em perda do prestígio social. Assim, apesar de ser restritiva, a lei de proibição dos duelos possibilitou a maior aproximação entre a escolha exteriorizada pelos indivíduos e a genuína vontade dos mesmos. Desse modo, justificou-se a existência da regra de indisponibilidade como forma de expandir o grau de liberdade dos indivíduos dentro de uma sociedade.

Essa necessidade de equilíbrio entre a proteção da autonomia individual e a promoção da dignidade humana parece ser a base sobre a qual o legislador brasileiro pensou acerca das possibilidades de disposição do próprio corpo. Para tanto, normatizou essa disponibilidade e seus respectivos limites através dos direitos da personalidade, previstos, no Código Civil, em um capítulo de mesmo nome. Essa, pelo menos, é a interpretação feita por Gustavo Tepedino (2007), Heloisa Helena Barboza (2007) e Maria Celina Bodin de Moraes

(2010) acerca do direito de disposição do próprio corpo e de sua respectiva evolução ao longo da história jurídica.

Segundo os renomados autores, com a ordem social democrática e pluralista, o fundamento dos limites à disponibilidade se alterou. Inicialmente, e em especial nos países de inspiração jurídica romano-germânica, tal fundamento era a concepção dualista da pessoa, cingida em corpo e espírito, em consonância com a tradição ética judaico-cristã, o que resultava na inviolabilidade sacra do corpo – o instrumento para a realização da missão humana na terra. Segundo os autores, tal visão foi superada e substituída pela concepção unitária, que rejeita a dissociação entre pessoa e corpo e, por conseguinte, a existência da relação sujeito-objeto. A partir dessa mudança de perspectiva, a proteção à dignidade humana – valor consagrado no artigo 1º, III da Constituição Federal da República do Brasil – passou a ser o fundamento dos limites à disposição.

Doravante, buscou-se estabelecer um equilíbrio entre proteger a liberdade de manifestação da personalidade através do corpo e vedar atos lesivos à saúde e à dignidade da pessoa. Inspirado no direito civil italiano, o legislador brasileiro desenvolveu o artigo 13 do CC/02:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

A partir desse artigo, estabeleceu critérios limítrofes à disponibilidade do corpo, sendo eles, a redução permanente da integridade física, o contrariar dos bons costumes e a finalidade terapêutica. O segundo critério demanda uma interpretação constitucionalizada, a fim de que não resulte em uma imposição social descabida. Assim, a expressão “bons costumes” deve ser entendida como os fundamentos e princípios republicanos, em especial o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana. Já o terceiro critério – a “exigência médica” – representa uma quebra da inviolabilidade do corpo em proteção a bens maiores, como a vida e a integridade psicofísica. Esse critério possibilitou, por exemplo, que a cirurgia de transgeneralização – mudança de sexo – fosse permitida no ordenamento jurídico brasileiro, pois apesar de implicar em mutilação irreversível, acredita-se tratar de um processo terapêutico de adequação ao sexo psíquico.

Contra esse condicionamento do direito ao próprio corpo, assim como dos outros direitos da personalidade, levanta-se forte oposição da doutrina brasileira. Dentre os principais críticos, destaca-se Brunello Stancioli (2011), cujas críticas baseiam-se, principalmente, na

defesa de que os direitos da personalidade devem ser entendidos como autoconstruções que viabilizam autorrealização humana – a grande busca do Direito. Sem desconsiderar a vida em comunidade e seus respectivos obstáculos, o autor acredita que o Direito deve criar espaços que permitam a cada pessoa seguir seus interesses próprios e egoístas.

Disso conclui que é impossível abordar a personalidade e os direitos da personalidade de forma desvinculada da autonomia – a manifestação da liberdade e a característica inseparável do conceito de pessoa humana. Por meio da fruição dessa liberdade, a pessoa humana pode guiar a própria vida de acordo os “hiperbens” que eleger – ou seja, os valores que considerar como superiores na busca da vida que vale ser vivida (TAYLOR, 1997).

Diante dessas considerações, Stancioli desenvolve críticas, inicialmente, a respeito do artigo 11 do CC20/02 – que determina que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Segundo o autor, tal dispositivo nega o devir à pessoa natural, pois apenas uma visão estática da personalidade conduziria a essa categorização absoluta de direitos que lhe são próprios. Aponta-o como um oximoro jurídico, por contrariar uma característica substancial da essência humana – a liberdade –, ao impedir a renúncia voluntária desses direitos (STANCIOLI, 2011).

Com vistas a minimizar esses efeitos indesejáveis, a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, propôs, através do enunciado número 4, nova redação a esse artigo, a qual Stancioli julga mais adequada: “o exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Com a nova redação, retirar-se-ia o titular do direito da restrição desmedida imposta pelo texto normativo original.

Seguindo a mesma lógica de pensamento, o autor tece crítica ao já mencionado artigo 13 do CC/2002, pois esse, além de negar o devir da pessoa humana, limita-a quanto aos usos do próprio corpo, tornando impossível a vivência do Estado Democrático de Direito. Contra isso, Stancioli (2011, p. 283) considera que a “verdadeira vivência da autonomia da vontade implica a (auto) apropriação consciente do corpo dentro de um projeto de vida mais amplo, que inclua noções de construção da dignidade”.

Assumindo posição similar, destaca-se Denis Franco Silva, segundo o qual a inadmissibilidade das restrições aos direitos da personalidade funda-se no próprio conceito de “pessoa” (SILVA, 2014). Esse conceito, de acordo com o autor, é definido a partir de características como a racionalidade autônoma, a alteridade e a individualidade. Além disso, caracteriza-se por apresentar certa estabilidade ao longo do tempo, a qual constitui a

identidade pessoal – continuidade de estados psicológicos e autoconsciência reflexiva. Essa identidade, essencialmente dinâmica, manifesta-se através do corpo, que, por sua vez, permite a inserção da pessoa no tempo e no espaço.

Diante dessa dinamicidade, seria desproporcional qualquer proteção jurídica à personalidade humana que fosse estática e inflexível. Logo, teoricamente, os direitos de personalidade devem ser aceitos como uma cláusula geral de tutela à pessoa humana, visando à proteção da identidade pessoal e de seu livre desenvolvimento. Assim, muitas das características normalmente atribuídas aos direitos de personalidade, como a indisponibilidade e a irrenunciabilidade, mostram-se incompatíveis com tais direitos, em especial, com o direito ao próprio corpo, o qual se estrutura como um direito subjetivo. De modo que a única forma de limitar o seu exercício seria através de sua subjetivação.

Segundo afirma Silva (2014), é possível argumentar que sendo direito subjetivo, o direito ao próprio corpo pode ser assemelhado a outro direito subjetivo, qual seja o direito de propriedade. Desse modo, a proteção à integridade física se daria de forma externa à pessoa, que poderia usufruir do bem (corpo) de acordo com os limites estabelecidos pela comunidade. Contudo, o autor refuta essa ideia, que parece ser predominante na doutrina brasileira, e defende um modelo alternativo, o qual não baseia a relação pessoa-corpo em uma relação de posseção nem mesmo de identidade.

Pelo contrário, o autor defende que o ordenamento, que regula o direito ao próprio corpo, deve conferir ao titular deste direito, a posição de soberano:

(que, como ocorre com os modernos estados nacionais é constituído *por* e possuidor *de* um *território*, ou uma delimitação espaço-temporal) permite-se que este se coloque em estado de exceção quanto à regra, decidindo quanto à inclusão ou exclusão da ação perpetrada sobre o corpo nos limites do direito vigente. (SILVA, 2014, p. 7).

Assim, de acordo com esse modelo, resta ao legislador a tarefa de regular os espaços relacionais existentes entre os núcleos de soberania distintos no que se refere ao direito ao próprio corpo. De modo que, todo comportamento que invada a esfera de soberania do outro sem o devido consentimento seja considerado como ofensa, ao passo que aquele comportamento que não ultrapasse esses limites interpessoais possa ser incluído ou excluído na norma, em conformidade com a vontade do soberano, isto é, da própria pessoa.

Após tais esclarecimentos, o referido autor analisa o artigo 13 do Código Civil brasileiro à luz dessa relação de soberania entre pessoa e corpo. Da referida norma, mostra ser possível extrair três hipóteses distintas. A primeira hipótese refere-se ao ato de disposição que não transcende os limites do exercício do poder soberano da pessoa, de modo que tal ato não

poderia ser tido como ilícito, uma vez que cabe à própria pessoa decidir o que fazer do próprio corpo. Já a segunda hipótese corresponde ao ato de disposição do próprio corpo que atinge a esfera de autonomia do outro. Nesse caso, a admissibilidade do ato dependeria da forma como a outra pessoa o recepcionasse. E, finalmente, a terceira hipótese equivale ao ato de disposição que transcende os limites do exercício do poder soberano e insere-se, ainda que mediante autorização, na esfera de terceiro, produzindo efeitos na esfera relacional pública. Devido à produção de efeitos gravosos no espaço relacional intersubjetivo, a submissão desse ato ao direito vigente seria necessária. Conclui-se disso que o autor reconhece apenas uma única hipótese de disposição do próprio corpo submetida à incidência do artigo 13 do CC/2002.

Na presença de todos esses argumentos apresentados, percebe-se quão grande controvérsia permeia os direitos da personalidade – mormente, o direito ao próprio corpo – e os limites impostos aos mesmos. Note-se que toda a discussão da atual doutrina brasileira sobre os dispositivos legais que normatizam o tema referem-se a sua adequação ou inadequação e se devem ou não continuar em vigência.

Entretanto, acredita-se mais pertinente uma análise dos arts. 11 e 13 do Código Civil brasileiro que se oriente a partir de processos de justificação e de aplicação das normas, o que permite superar o estado atual do debate, provando a validade de tais normas, as quais são condizentes com a evolução social e a liberdade, que é própria dos indivíduos.

3. Discursos normativos de justificação e aplicação:

Em razão da já mencionada cooriginariedade entre autonomia pública e privada, uma norma jurídica de observância geral deve emanar da autonomia intersubjetiva de uma sociedade, a fim de que a liberdade pessoal de cada indivíduo realize-se a partir da concretização da liberdade de todos. Contudo, essa é uma tarefa árdua frente à multiplicidade de interesses no meio social e aos possíveis conflitos entre esses. Logo, esse processo de produção normativa deve se desenvolver de forma a possibilitar que essa multiplicidade de interesses seja resumida em um interesse comum e, ainda, que as consequências e efeitos colaterais das normas sejam aceitos por todos os afetados. Busca-se garantir, assim, que não haja sobreposição do interesse de um grupo ou da maioria, mas que cada indivíduo se coloque na perspectiva de cada um dos demais, a fim de dimensionar a intensidade de todos os interesses afetados, garantindo, assim, a imparcialidade dessas normas. Para tanto, esse

processo deve ser orientado por dois momentos complementares, mas independentes, a saber, a justificação e a aplicação (GÜNTHER, 2011).

A justificação está relacionada com a norma propriamente dita e com a validade da mesma, independentemente de sua aplicação em casos particulares. Nesse momento, apura-se o que é do interesse comum de todos os afetados e se os efeitos da observância geral dessa norma encontram-se de acordo com os planos e condições de vida de cada um, individualmente considerado em um processo coletivo de deliberação, ou seja, de acordo, com os ideais de vida boa, a partir dos quais cada um se orienta.

Já a aplicação está relacionada com um juízo de adequação do comando geral e abstrato à situação concreta. Sem se resumir a um exercício de subsunção frio e absoluto, caracteriza-se na tentativa de considerar todos os traços característicos de uma situação em relação a todas as normas que, possivelmente, compartilhem desses mesmos traços, a partir de um juízo imparcial e coerente. Sendo secundário, neste momento, o interesse de todos em relação à observância geral da norma.

De acordo com essa percepção, Klaus Günther propõe que esses momentos se desenvolvam com base em princípios derivados de um princípio moral, sugerido por Habermas, segundo o qual, todas as normas devem ser universalizadas. Esse princípio, chamado de princípio de universalização “U”, elenca a máxima de que:

qualquer norma válida terá de preencher a expectativa de satisfação (...) de modo que as respectivas consequências e os respectivos efeitos colaterais, que resultem de seu cumprimento *geral* para a satisfação dos interesses de *cada* indivíduo, possam ser aceitos por *todos* os envolvidos (e preferidos aos efeitos das conhecidas opções alternativas de regulamentação). (HABERMAS, 1983, p. 75 e ss., grifo do autor).

Percebe-se, à primeira vista, que esse princípio pressupõe a consideração de situações de aplicação no momento de justificação dessas normas. Apesar de toda norma ostentar, em seu conteúdo semântico, prognósticos de situações futuras de incidência, essa característica não pode servir como objeto de sua respectiva fundamentação. Assim, tal princípio torna-se problemático, pois, condiciona a validade de uma norma à anuência geral de todos os implicados diante de todas as possíveis situações de incidência, quando, na verdade, a potencial universalização de uma norma – ou seja, sua justificação – independe de sua abrangência semântica.

Diante essa limitação do princípio habermasiano, Günther, visando à distinção entre a validade e a aplicação de uma norma, propôs a decomposição deste em duas versões – a “versão forte” de “U” e a “versão mais fraca” de “U”.

A primeira delas dispõe o seguinte:

uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma geral puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente. (GÜNTHER, 2011, p. 29).

Essa versão forte apresenta uma condição idealizante, ou seja, a condição de prever todas as situações nas quais a norma for aplicável, no momento de sua fundamentação. Pressupõe, assim, um saber ilimitado acerca de todas as situações que apresentam traços característicos compatíveis com a norma em questão, caindo, então, por terra a pretensa imparcialidade do princípio, referente à aplicação da norma em cada situação isoladamente.

Ao contrário do exposto na “versão forte” de “U”, o princípio deveria se mostrar aberto a restrições subjetivas no momento de aplicação da norma, frente ao estado histórico do saber e das experiências.

Logo, a “versão forte” de “U” deve ser contraposta à “versão mais fraca” de “U”:

uma norma é válida se as consequências e efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente (GÜNTHER, 2011, p. 30).

Mais realista, essa versão considera, apenas, as consequências e os efeitos colaterais que *previsivelmente* resultarem da observância da norma. Ostenta, pois, um indício que faz com que sua aplicação fique condicionada ao estado do conhecimento no presente momento. Da mesma forma, o universo dos interesses a serem considerados é reduzido – considerar-se-ão, apenas, os interesses dos *previsivelmente* afetados pelas consequências e pelos efeitos colaterais da aplicação da norma.

Assim não o fosse, o processo de justificação de uma norma demandaria não apenas um infinito conhecimento acerca do mundo como, também, um profundo conhecimento acerca de si mesmo, a ponto de considerar e fazer valer interesses surgidos posteriormente à formação da norma. Contudo, essa restrição da cognição humana não constitui impeditivo ao direito dos indivíduos de considerarem as vantagens ou desvantagens passíveis de serem previstas.

Destarte, a justificação de uma norma, segundo a “versão mais fraca” de “U”, dá-se em relação ao momento e estágio de conhecimento que lhe for contemporâneo – importando, apenas, se é do interesse de todos que cada um observe a regra, visto que uma norma depende do interesse comum de todos e dos motivos apresentados para que ela seja observada por todos como uma regra. Em contraposição, para a aplicação, é relevante cada uma das situações, sendo indiferente se a observância geral contempla o interesse de todos. Frente a

todas as circunstâncias especiais, o fundamento é, *se e como* regra, a norma teria de ser observada em determinada situação. Como bem enfatiza Günther (2011),

na aplicação devemos adotar, “como se estivéssemos naquela situação”, a pretensão da norma de ser observada por todos em uma situação (isto é, como regra), e confrontá-la com cada uma de suas características. O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação. (p.32).

O juízo sobre a adequação de uma norma não alude a todas as circunstâncias possíveis de aplicação, mas apenas a uma. Pode-se afirmar, então, que a adequação significa a restrição da “versão forte” de “U” a uma única situação. A exigência absoluta, desta versão, de que sejam consideradas todas as situações é substituída pela exigência de consideração de todas as características situacionais.

Apesar da dissociação entre validade e adequação, ambas representam faces da ideia de imparcialidade, que deve ser própria de todas as normas. O sentido universal-recíproco da imparcialidade é operacionalizado pela exigência de observância das consequências e efeitos colaterais, previsivelmente resultantes da observância geral de uma norma, com o fim de que os interesses de cada um individualmente possam ser aceitos por todos em conjunto. Já seu sentido aplicativo é operacionalizado pela necessidade de que, em cada uma das situações de aplicação, considerem-se todas as características. (GÜNTHER, 2011).

Contudo, diante da vaga expressão “todos os sinais característicos”, presente na “versão mais fraca” de “U”, pode-se questionar que, no momento da aplicação, percebam-se sinais característicos que extrapolem àqueles previstos na norma. Isso, porém, não constitui um problema, uma vez que os sinais característicos não são relevantes por si só. A análise destes sempre será orientada por interpretações, interesses, avaliações, ideais de vida ou definição de metas. Cada circunstância apresentar-se-á de forma nova frente a momentos e sujeitos diversos. A exigência de imparcialidade, no sentido aplicativo, significa justamente isso – que diferentes interpretações acerca das circunstâncias devem ser tematizadas a fim de que as ações individuais possam ser orientadas por normas justificadamente adequadas.

Apenas após essa análise focada no caso concreto, dar-se-á o próximo passo, qual seja, avaliar se, em vista das circunstâncias, a norma realmente é válida, isto é, se as consequências e efeitos colaterais da observância geral podem ser aceitos por todos e cada um individualmente. Em virtude dessas possibilidades impassíveis de serem previstas em um enunciado normativo, o princípio “U” não pode ser resumido a um ato único, antes deve partir de uma norma já selecionada, para colocá-la em uma perspectiva situacional generalizante e, então, relacioná-la com o interesse de todos. Por esse motivo, faz-se necessário que a “versão

mais fraca” de “U” sempre seja acompanhada de um discurso de aplicação justificante, enquanto a aplicação da “versão forte” de “U” fique reservada à análise se o interesse representado na norma contextualmente adequada é, de fato, legítimo e, se, portanto, pode ser aceito conjuntamente por todos (GÜNTHER, 2011).

A aplicação dialógica das versões forte e fraca de “U” destaca-se em situações cujos traços característicos concretos justificam o afastamento do juízo prognóstico abstrato de uma norma geral justificada e válida. Caso que bem elucidada tal divergência entre discursos de justificação e de adequação é o seguinte: todos consentem que o limite máximo de velocidade, em determinada via urbana, seja de 60 km/h, a partir de justificativa baseada na necessidade de manter o bom funcionamento do tráfego urbano, garantir a segurança dos pedestres e dos motoristas, evitar acidentes etc. Essa norma, portanto, será reputada como válida. Entretanto, caso um particular, na direção de seu automóvel, exceda tal limite de velocidade, às três horas da manhã, ao transportar um amigo com risco de vida ao hospital, tal norma, apesar da prévia justificação e validade, não será reputada como *adequada* para o caso em questão, prevalecendo, pois, aquela vida humana concretamente considerada em detrimento do juízo prognóstico feito no momento de justificação da referida norma (SILVA, 2009).

À luz da riqueza desses princípios de justificação e adequação normativa e frente à imensa gama de possibilidades proporcionadas pela aplicação dos mesmos, é que se pretende discutir as regras civilistas brasileiras acerca do direito ao próprio corpo. Justamente a isso, propõe-se o restante desse artigo – analisar separadamente os momentos de justificação e de aplicação das regras que elencam esse direito, de forma a justificar a legitimidade das normas dos artigos 11 e 13 do CC/2002.

4. A “validade” das normas contidas nos artigos 11 e 13 em nível de justificação

Como dito anteriormente, a justificação relaciona-se com a norma em si, sendo a sua validade dissociada da situação particular. Importa-se unicamente se a norma, como regra, encontra-se dentro do interesse comum e se suas consequências e seus efeitos colaterais podem ser aceitos por todos, conjuntamente, e por cada um, individualmente.

Assim, uma norma será justificada de acordo com os motivos que embasam sua existência e na medida em que proporciona a concretização de um interesse comum. Logo, reputa-se, como válida, a norma em que todos possam consentir com a sua observância e com os efeitos daí resultantes.

A princípio, as normas dos artigos 11 e 13 do Código Civil parecem não ostentar a característica da validade, principalmente, frente às já mencionadas críticas que persistem na doutrina brasileira. Elas alegam, basicamente, que tais normas cerceiam a liberdade individual ao impedir a disposição voluntária do próprio corpo. Grande parte dessas críticas, contudo, insistem no mesmo equívoco, a saber, uma apreciação normativa concentrada e resumida, reunindo a justificação e o juízo sobre a adequação de uma norma em um único momento.

Essa constatação é ratificada pelas críticas mais especificamente dirigidas à norma procedente do artigo 11 do CC/2002, isto é, à regra da indisponibilidade. Essas críticas concentram-se na suposta ofensa à autonomia individual proporcionada pela impossibilidade de renúncia aos direitos da personalidade, nos quais se inclui o direito ao próprio corpo. De acordo com os críticos, isso implicaria em uma restrição à liberdade individual e, por conseguinte, ao desenvolvimento da personalidade humana.

Todavia, esses argumentos são desmantelados frente ao processo de justificação da norma em tela. Tal processo pode ser embasado na analogia supracitada feita por G. R. Sullivan (2011) acerca da proibição dos duelos na Inglaterra. Essa proibição, que inicialmente importou em uma redução da margem de escolha dos antigos duelistas, foi responsável pela maximização da liberdade dos mesmos, que não mais se viam obrigados a duelar, sob pena de serem vítimas do desprestígio e da desonra social. De modo semelhante, a regra da indisponibilidade do artigo 11, apesar de reduzir a liberdade de disposição do próprio corpo, justifica-se pela promoção de um interesse comum, qual seja, a proteção do particular frente a situações de assimetria e vulnerabilidade.

Por conseguinte, o juízo prognóstico relativo ao artigo 11 realizou-se a partir de situações assimétricas entre particulares, nas quais o mais fraco poderia ser condicionado a dispor de partes do próprio corpo diante de propostas feitas pelo mais forte. Exemplo disso seria a situação de um pai de família que, ante sua miserável condição econômica, dispõe do próprio rim por uma quantia monetária ínfima paga pela administração de um hospital particular que, por sua vez, lucra com a venda do órgão a preços exorbitantes aos pacientes mais abastados e decididos a não enfrentarem a longa e interminável fila de doação de órgãos. Situações como essa acarretariam em uma série de afrontas ao próprio conceito de pessoa e ao projeto de vida a partir do qual os particulares buscam se orientar, uma vez que comprometeriam a escolha externalizada pelos mesmos.

Logo, apesar da aparente inadequação da regra da indisponibilidade a algumas situações particulares – questão a ser analisada em momento oportuno – e de acordo com a “versão mais fraca” de “U”, o artigo 11 reputa-se válido, uma vez que as consequências e os

efeitos colaterais de sua observância geral podem ser aceitos por todos, considerados os interesses de cada um, individualmente.

Similar é a condição do artigo 13 que, apesar da tenaz oposição doutrinária, estima-se como válido e fundamentado. A regra procedente do referido artigo submete a disposição do próprio corpo a duas principais condições: a não diminuição permanente da integridade física e o respeito aos bons costumes. É, justamente, a essas condições impostas que as principais críticas se dirigem, defendendo, dentre outras coisas, a incompatibilidade do artigo com a vivência do Estado Democrático de Direito. Entretanto, repetem o mesmo erro daquelas direcionadas ao artigo 11, ou seja, apreciam a norma sob a égide de juízos de fundamentação e aplicação sincrônicos.

Como bem postula o princípio de universalização “U”, em sua versão mais fraca, a validade de uma norma é influenciada apenas pela aceitação dos efeitos colaterais e consequências previsivelmente resultantes de sua observância geral por todos e cada um, individualmente. Logo, no momento de justificação dessa norma, o diagnóstico acerca das situações de incidência que impliquem na limitação do uso do próprio corpo será secundário, devendo ser prorrogado para o momento da aplicação normativa.

A primeira restrição imposta pela regra do artigo 13, qual seja, a diminuição permanente da integridade física, é consoante com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, além de ser fundamento da República (artigo 1º, III, Constituição Federal), preenche o conceito de pessoa, apresentado e defendido pelos críticos desse dispositivo legal. Ademais, protege o particular de uma alteração permanente de sua imagem corpórea resultante da vulnerabilidade a que possa estar exposto em uma situação de assimetria.

Semelhantemente, a segunda restrição encontra-se justificada, principalmente, quando se entende por bons costumes aqueles valores e ideais que orientam a vivência em uma sociedade. Estando o ato de disposição do próprio corpo submetido a tais valores e ideais, consequentemente os efeitos colaterais e consequências da observância geral dessa norma serão consoantes com o interesse comum.

Em suma, as normas elencadas nos artigos 11 e 13 encontram-se devidamente justificadas e fundamentadas, ostentando, assim, a característica da validade. De modo que é incabível a contestação da previsão legal de ambas as regras, mormente, com base em argumentos acerca da ofensa à essência e à liberdade humanas que elas supostamente proporcionariam. Conforme o sobredito, essas normas consideradas geral e abstratamente em nada atentam contra os valores orientadores do interesse comum, pelo contrário, corroboram com a preservação do mesmo. Os problemas relativos à incidência dessas normas em

situações particulares e isoladas não comprometem a validade das mesmas, antes referem-se ao juízo de adequação normativa, o qual será tratado a seguir.

5. A adequação das normas contidas no artigo 11 e 13 em nível de aplicação

O juízo de adequação de uma norma a uma situação particular demanda maiores diligências que o momento de justificação que o precede. Talvez seja essa a razão de sua compreensão equivocada por muitos e da imensidão de críticas dirigidas a esse momento normativo. Como supracitado, a aplicação de uma norma a determinada situação não se abrevia a uma simples subsunção, antes requer a consideração dos traços característicos da respectiva situação e a sua posterior comparação com os enunciados normativos que ostentam traços semelhantes.

Nesse momento de aplicação normativa, analisa-se a norma a ser aplicada sob o prisma do atual estágio de experiências e conhecimento de mundo e de si mesmo, certamente, mais amplo do que o estágio contemporâneo ao momento de justificação da norma, o que necessariamente exigirá a adequação da norma ao caso concreto. Essa exigência sintetiza-se na aplicação da “versão forte” de “U” à situação particular, ou seja, na adequação da norma a todas as características de uma única situação. Não obstante, o êxito desse juízo de adequação depende de um concomitante juízo de imparcialidade, em que os traços característicos situacionais sejam apreciados à luz de diferentes interpretações, interesses, planos e objetivos de vida.

Se, ao invés de um juízo de adequação, for realizado um exercício absoluto de subsunção dos contornos do caso concreto àqueles apresentados pela norma, o resultado será dos piores. Será desproporcional e, no mínimo, injusto, aplicar uma norma a um caso concreto sem que características que o tornam único sejam consideradas. Do mesmo modo, será atentatória à autonomia da pessoa uma aplicação das regras dos artigos 11 e 13 do CC/02 desvinculada de um devido juízo de adequação.

Logo, apesar de essas normas já encontrarem-se justificadas, não se defende aqui uma aplicação absoluta nem um total afastamento da incidência das mesmas, mas, sim, uma aplicação normativa acompanhada por um juízo de adequação, que considere os traços característicos das situações particulares e, se necessário, excetue-as da incidência da previsão geral e abstrata.

Diante de um juízo de adequação, percebe-se que as normas dos artigos 11 e 13 podem comportar exceções, sem que as mesmas percam a eficácia diante de outras situações. De maneira que, o afastamento da incidência de uma norma em uma situação não permitirá que o mesmo aconteça em outras situações automaticamente. Pelo contrário, todo o processo de aplicação deve ser orientado por interpretações e juízos argumentativos que propiciem a maior realização possível da autonomia humana.

A aplicação da regra da indisponibilidade do artigo 11, por exemplo, não tem sentido frente a situações em que as decisões dos particulares são autodeterminadas e os mesmo encontram-se em posição de simetria entre si. Desde que não haja a invasão da esfera de autonomia de terceiros nem heterodeterminação que condicione a manifestação de vontade do particular, essa pode ser realizada em sua totalidade, mesmo se importar em renúncia aos direitos da personalidade, como o direito à integridade física, reconstruído, assim, como um direito ao próprio corpo.

Analogamente, não é cabível a aplicação da regra do artigo 13 a situações particulares simétricas, cujos resultados não sejam gravosos à esfera intersubjetiva relacional. Neste momento, importa primordialmente a análise dos traços característicos que contornam a situação isolada, sendo desprezível o interesse de terceiros em nada afetados pela aplicação ou não da norma.

Exemplo de exceção às regras de ambos os artigos é a difundida prática das modificações corporais: cirurgias plásticas não terapêuticas, tatuagens, aplicação de *piercings*, cirurgias estéticas que alteram a fisionomia de portadores de síndromes genéticas, entre outras. Sejam elas de qual natureza for, importam em ato de disposição do próprio corpo, implicando, às vezes, em redução permanente da integridade física e, até mesmo, contrariando os valores de beleza eleitos pela sociedade. Independente das reações de repúdio ou admiração que as modificações corporais possam provocar em terceiros, a legalidade dessas não chega nem mesmo a ser contestada e não poderia ser diferente, uma vez que não interferem na esfera relacional intersubjetiva. Pelo contrário, essas alterações resumem-se na autoconformação da imagem corporal àqueles padrões estéticos a partir do qual cada um se orienta.

Diante de casos concretos como esses, torna-se evidente como a análise dos traços característicos situacionais pode afastar a aplicação de uma norma geral em situações que, aparentemente, seriam reguladas por ela. Assim, ressaltam-se mais uma vez a importância e a imprescindibilidade do juízo de adequação normativa, sem o qual o direito sucumbiria a subsunções superficiais e descomprometidas com a realização da liberdade individual.

6. Considerações finais

Os maiores questionamentos e as maiores críticas dirigidas à regulamentação dos direitos da personalidade fundamentam-se em uma visão abreviada dos processos normativos de justificação e de adequação que orientam a criação e a aplicação das normas jurídicas gerais e abstratas. A partir dessa perspectiva reduzida, a conclusão acerca dos artigos 11 e 13 do Código Civil não será outra, mas a inadequação dos mesmos aos conceitos e valores que orientam o Direito Civil, como o respeito à dignidade da pessoa humana e a valorização da liberdade própria da essência humana.

Todavia, a ideal apreciação da validade e da adequação normativas não se resume ao que comumente tem sido feito pela doutrina majoritária. A apreciação de uma norma compromete-se com a observação dos processos de justificação e de aplicação que orientaram a formação dessa norma e orientarão a sua aplicação a um caso concreto. Esses processos são melhor compreendidos à luz da “versão forte” e da “versão mais fraca” do princípio habermasiano de universalização “U”, ambas desenvolvidas por Klaus Günther.

Com bem salientado pelo referido autor, a aplicação de “U”, contudo, não pode ocorrer de forma monológica, pelo contrário, deve abranger a perspectiva de todos os indivíduos considerados individualmente em um processo coletivo de deliberação. Tal reciprocidade na assunção de perspectivas permitirá que todas as etapas de criação e de concretização de determinada norma sejam acompanhadas de um juízo de imparcialidade, o qual impedirá a sobreposição absoluta do interesse da maioria à autonomia individual.

A partir desses processos de justificação e de aplicação normativas, as críticas dirigidas aos dispositivos do Código Civil brasileiro, que versam sobre a disposição do próprio corpo, sucumbem, visto que tais regras foram estabelecidas a partir de um prognóstico de assimetria e condições fáticas heterodeterminadas.

Somente tratando-se de uma situação concreta em que se encontrem ausentes tais características prognosticadas (assimetria e heterodeterminação), revelam-se pertinentes as já citadas críticas feitas pela doutrina, sendo então as regras dos artigos 11 e 13 do CC/2002 inaplicáveis por inadequação, de modo a proporcionar a realização do valor autonomia e o desenvolvimento constante da personalidade humana.

7. Referências Bibliográficas

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ampliando os direitos de personalidade*, In: Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e adequação*. Trad. Cláudio Molz. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso*. Trad: Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2005.

KRISTOL, Irvin. *Pornography, Obscenity, and Censorship*. New York Times Magazine, March 28, 1971. Disponível em: <http://www.rense.com/general87/obscenity.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

POSTEMA, Gerald. *Politics is about grievance: Feinberg on the legal enforcement of morality*. In: Legal theory, v. 11, nº 3, 2005, p. 293-323.

SCHNEEWIND, J.B. *A invenção da autonomia*. Porto Alegre: Unisinos, [s.d].

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Livre uso do corpo e direitos de personalidade*. In: Pensar – Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza, v. 19, nº 1, 2014.

_____. *Do humano ao pós-humano: pessoa e autonomia privada no contexto do aperfeiçoamento biônico*. 2009. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito de personalidade. In: TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de teoria geral do direito civil*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.266 – 285.

SULLIVAN, G.R. Liberalism and constraining choice: The cases of death and serious bodily harm. In: DEAZLEY, Ronan; SMITH, Stephen W. *The legal, medical and cultural regulation of the body: transformation and transgression*. Ashgate, 2011, p.204-233.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. [Trad.] Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloíza Helena, *et al.* *Código Civil interpretado* – conforme a Constituição da República. 2.ed. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.