

A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE E OS ATOS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO

THE CONSTRUCTION OF THE IDENTITY AND DISPOSITION ACTS OF YOUR OWN BODY

Joyceane Bezerra de Menezes*

Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves**

RESUMO

A identidade é um aspecto da personalidade e, como tal, tem proteção pela cláusula geral de tutela que se espalha na ordem civilista a partir da articulação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Todavia, a identidade da pessoa humana não é estanque, é construída e reconstruída continuamente. Apesar disso, a concepção liberal e clássica de identidade, como algo perene e estável, concebida nas codificações oitocentistas, diverge da identidade plástica, experimentada na pós-modernidade ou na modernidade reflexiva. Por isso, é notória a dissonância entre a identidade do sujeito pós-moderno e a ideia de identidade adotada pelo Código Civil Brasileiro que ainda mantém a influência das codificações oitocentistas a esse respeito. No bojo da discussão sobre identidade, sobressai-se a análise dos atos de disposição sobre o próprio corpo, prática proibida pelo art. 13 do Código Civil vigente. Contudo, se considerado o direito à identidade e os atos de disposição sobre o corpo como parte do processo de construção identitária, se antevê uma tensão entre as normas constitucionais (liberdade e dignidade) perquirindo-se sobre os limites da autonomia, bem como a discussão sobre eventual invalidade da regra proibitiva do Código Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade. Cláusula geral de tutela da pessoa. Atos de disposição corporal.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Docente Adjunto do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, onde ministra a disciplina de Direito de Personalidade. Professora Adjunto da Universidade Federal do Ceará. E-mail: joyceanebezerra@hotmail.com

** Mestranda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Constitucional nas Relações Privadas da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FUNCAP. E-mail: goncalves_camila@hotmail.com

ABSTRACT

Identity is an aspect of personality and, as such, is protected by the tutelage's general clause which spreads itself in the civilist order through the articulation of human dignity, equality and freedom's constitutional principles. However, the identity of the human person is not tight, it is constructed and reconstructed continuously. Despite this, the liberal and classic conception of identity, as something perennial and stable, conceived in the nineteenth century's encoding, diverges of plastic identity, experimented in the post-modernity or in the reflexive modernity. Hence, it's notorious the dissonance between the identity of the post-modern subject and the idea of identity adopted by the Brazilian Civil Code that still maintains the nineteenth century's encoding influence. In the discussion about identity, outweighs up the analysis of your own body's dispositional acts, prohibited by art. 13 of the present Civil Code. Nevertheless, if the right to an identity and the dispositional acts of your own body are considered as a part of the identity's constructional process, it foresees a tension between the constitutional norms (liberty and dignity) inquiring over autonomy's limits, as well as the discussion about casual invalidity of the prohibitive rule in the civil code.

KEYWORDS: Identity. Person tutelage's general clause. Own body's dispositional acts.

INTRODUÇÃO

A identidade é o que singulariza a pessoa e, por esta razão, se inclui entre os direitos da personalidade. No entanto, duas questões dificultam o estudo do tema: a primeira está na prévia necessidade de estabelecimento dos marcos conceituais do que seja identidade; e a segunda, diz respeito aos mecanismos jurídicos de tutela dessa identidade.

Isso porque se observa uma assimetria entre o conteúdo sócio-antropológico do que se entende por identidade e a abordagem do Código Civil a respeito. Observa-se que a tutela civilista dessa identidade ainda preserva traços iluministas, apostando na abstrata figura do sujeito de direito com elementos identificadores específicos, estanques e precisos, como nome, sexo, nacionalidade, estado civil e filiação. Todavia, no contexto social atual, a ideia de identidade está para além desses dados, pois se compreende que a pessoa está em constante modificação e que outros elementos também perfazem a sua identidade.

Em vista do direito à autodeterminação, produto da articulação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, o indivíduo constrói sua identidade do nascimento à morte. A par desses princípios constitucionais e, admitindo-se a unidade do ordenamento jurídico, o aplicador deve preferir a interpretação literal das regras civilistas

sobre identidade em favor de uma interpretação conforme aqueles valores constitucionais.

Em estudo específico sobre a temática, Stuart Hall (2011) identificou três concepções distintas de identidade que emergiram em diferentes épocas da nossa história recente. No Iluminismo, preferia-se uma identidade centrada em um núcleo essencial e imutável, que singularizaria o homem em toda a sua existência. Talvez essa ainda seja a concepção do Código Civil Brasileiro. Com a emergência da chamada identidade sociológica, percebe-se a influência das relações intersubjetivas, culturais e históricas na formação identitária da pessoa e aquela concepção iluminista perde a hegemonia. O sujeito sociológico desenvolve-se a partir do permanente diálogo com o outro, sendo a alteridade um importante marco na construção da sua identidade. O sujeito pós-moderno, por sua vez, subverte uma e outra concepção. Sua identidade é plástica, fragmentada e sem qualquer referência a um núcleo essencial, não havendo preocupação com uma coerência ou linearidade. Há elementos cambiantes historicamente construídos que alteram a percepção de identidade imutável e permitem a emergência de um sujeito em perene construção.

Assim, o sujeito da pós-modernidade, que vive na era das incertezas e que tem o direito à autodeterminação pode, ao longo da vida, construir e reconstruir sua identidade. No plano jurídico, essa autonomia pode provocar rupturas no sistema conceitual civilista de inspiração liberal-iluminista e ampliar o direito geral de liberdade.

Nesse processo de construção identitária, importa responder sobre os limites de sua autonomia quanto à disposição do próprio corpo, uma vez que o corpo é elemento impactante na dicção de sua identidade. É o corpo que, a um só tempo, igualiza e diferencia cada homem. Igualiza na medida em que materializa a existência humana, justifica o sentimento de pertença à espécie, permite sensações comuns e possibilita uma linguagem comunicativa. Diferencia pelo fato de que, mesmo diante das similitudes corporais, cada um é único em sua compleição, na percepção das sensações e na forma de comunicação corporal. Todos tem um corpo, que os aproxima e diferencia, mas cada um é único e singular no modo de existir.

A discussão da identidade e de suas implicações na integridade corporal importa aos direitos de personalidade na medida em que toca em atributos essenciais à pessoa, merecendo o devido debate teórico para a sustentação de uma tutela diferencial que proteja a pessoa no seu devir.

Partindo da hipótese de que a pessoa merece uma tutela integral, a análise do tema não pode se confinar aos estreitos limites conceituais propostos pela legislação civil vigente. Ao contrário, o processo de construção da identidade, mesmo quando impactar o corpo, deve ser analisado pela perspectiva principiológica constitucional, especialmente pela articulação

da tríade dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade que darão sustentação ao direito à autodeterminação do sujeito em construir-se e reconstruir-se.

Cabe ao presente artigo abordar a identidade como um elemento cambiante que integra a personalidade. Parte-se do pressuposto de que a pessoa escreve sua própria biografia a partir do exercício da liberdade, configurando-se como um ser irrepetível, dotado de singularidade transcendente a qualquer categoria abstrata. Por esta razão, questiona-se a validade da legislação civilista quando dispõe sobre os limites da autonomia para os atos de disposição corporal.

Para a análise do problema posto em foco, adota-se uma metodologia qualitativa lastreada na análise doutrinária e documental. O desenvolvimento se consolida em três partes: a primeira apresenta alguns parâmetros conceituais de identidade e sua correlação com o Direito para depois tratar da identidade como objeto de proteção pela cláusula geral de tutela da pessoa. Na terceira e última parte, discute-se sobre os atos de disposição corporal, analisando o seu impacto na construção da identidade. Assim, propõe uma releitura do art. 13 do Código Civil pela lente da principiologia constitucional, especialmente no tocante às limitações previstas, para favorecer à pessoa no processo de construção da identidade. Ao longo da abordagem, casos emblemáticos, pinçados aleatoriamente no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, noticiados pela mídia ou mesmo enfrentados pelo Conselho Federal de Medicina serão analisados para ilustrar as discussões.

1 PARAMÊTROS CONCENTUAIS DE IDENTIDADE E SUA CORRELAÇÃO COM O DIREITO

O tema da identidade já é um conhecido objeto de estudo de ciências como a Filosofia, a Antropologia, a Psicologia e a Sociologia. Mais recentemente tem ganhado a atenção da Ciência do Direito. Isso porque o direito à identidade pessoal importa aos direitos da personalidade por evidenciar a própria autodeterminação ético-existencial (OLIVEIRA, 2002, p.96). A identidade representa a expressão objetiva e exterior da dignidade humana, constituindo meio instrumental pelo qual o indivíduo se afirma como pessoa, ao se dizer e ao ser reconhecido como um sujeito autônomo (CHOERI, 2004, p.27).

No atual estágio da arte, o homem conquistou alguma autonomia para amoldar sua identidade. A racionalidade e o seu apetite pelo novo (GIDDENS, 1991, p.39) o incentivaram a refletir sobre os padrões da modernidade, relativizando muitos limites sociais, políticos, religiosos e jurídicos sustentados pela tradição. Contudo, o enfrentamento da tradição, apesar de aumentar o espaço da liberdade, trouxe efeito reflexo: a perda das certezas. A ruptura com

os conceitos socialmente difundidos como classe, sexo, gênero, etnia e nacionalidade põem em cheque o sentimento de segurança, inclusive jurídica. A marca da contemporaneidade é a dúvida e a insegurança, pelo que se questiona: “a libertação é uma benção ou uma maldição?” (BAUMAN, 2001, p.26). Ao certo não se sabe, mas traz uma dose de angústia.

Isso também influenciou a formação da identidade, pois sem as certezas de outrora, o homem fragmentou a sua identidade a ponto de atrair a atenção do Direito. Diversamente das codificações oitocentistas que usavam critérios abstratos para definir o sujeito de direito (LORENZETTI, 1998, p.144), presentemente é necessário permitir o reconhecimento do sujeito em concreto, com a sua identidade cambiante – suas potencialidades, particularidades e limitações. Não raro, ouve-se falar em crise de identidade,¹ razão pela qual é importante estabelecer as bases conceituais do que se considera identidade.

Para Stuart Hall (2011, p.13), há três concepções de identidade: a primeira, de cunho iluminista; a segunda, de orientação sociológica e a terceira, emergente da pós-modernidade. O sujeito do Iluminismo teria sua identidade formatada numa perspectiva individualista. O *eu* seria o ponto de partida e de chegada à formação da individualidade, pois se creditava ao homem centralidade, unicidade e perenidade. Já a concepção sociológica baseava-se na interatividade, tendo o outro, um importante papel na formação da identidade. Da interlocução entre o mundo interior e exterior, pela união do sujeito com a sociedade, o indivíduo sociológico construía sua identidade. Afastando-se de uma e de outra concepção, o sujeito pós-moderno tem uma identidade descontínua, construída e reconstruída na caminhada, no devir, nas interações que realiza durante o seu ciclo vital. Sua identidade “é definida historicamente, e não biologicamente”. Isso porque o sujeito pode assumir identidades distintas em momentos diferentes de sua vida, sem a pretensão de seguir uma linearidade. Essa noção compreende que dentro de cada um “há identidades contraditórias, empurrando em diferentes direções, de tal modo que nossas identificações estão sendo continuamente deslocadas” (HALL, 2011, p.13).² Nessa multiplicidade de identidades, é possível, inclusive, destacar a identidade virtual. O homem cibernético que transita livremente em redes sociais e na *internet*, assume diversos perfis que, uma vez impactados naquele mundo virtual, também podem influenciar o processo de construção do *eu* real.

¹ Stuart Hall (2011, p.9) em alusão à Kobena Mercer: “a identidade somente se torna uma questão quando está em crise, quando algo que se supõe como fixo, coerente e estável é deslocado pela experiência da dúvida e da incerteza”.

² Corroborando, Bauman (2005, p.17) sustenta que a formação da identidade é volátil, dependendo de uma série de negociações e de decisões do próprio indivíduo. Os caminhos percorridos e o agir seriam fatores cruciais para formação da pessoa.

No mesmo sentido, Bauman (2005, p.17) afirma que a noção de pertencimento e de identidade não tem solidez de pedra, tampouco são fixas e permanentes durante toda vida. Ao contrário, entende que a formação da identidade é volátil, dependendo de uma série de negociações e decisões do próprio indivíduo. Os caminhos percorridos e o agir seriam fatores cruciais para formação da pessoa. Para ele, “a idéia de ‘ter uma identidade’ não vai ocorrer às pessoas enquanto o ‘pertencimento’ continuar sendo o seu destino, uma condição sem alternativa. Só começarão a ter essa idéia na forma de uma tarefa a ser realizada, e realizada vezes e vezes sem conta, e não de uma só tacada” (BAUMAN, 2005, p.17).

Dito isso, não há como negar que, além daquilo que é inato e fixo, até mesmo por certo determinismo biológico, a identidade, enquanto elemento da personalidade, se edifica pela própria vivência e pode, inclusive, alterar dados de natureza biológica. Em verdade, o homem é um misto de caracteres estáveis e dinâmicos. Ainda que persistam informações biológicas até então consideradas imutáveis, a exemplo do código de DNA, há um conjunto de elementos que podem ser alterados na vivência do homem, como a sua identificação sexual. É do contínuo confronto e da comunicação com o outro e consigo, em verdadeira autoterapia (GIDDENS, 2002, p.70), que se constrói a subjetividade.

A dimensão dinâmica da identidade compõe-se de fatores como a ideologia, a espiritualidade e o modo de pensar de cada um. Já a representação estática dessa individualidade ordinariamente se aperfeiçoa pelo nome, por elementos físico-biogenéticos, bem como pela atribuição de rótulos de *status* jurídico (estado civil, familiar, político). Esses dados compõem os registros civis e os dados cadastrais (nacionalidade, sexo, filiação, *etc.*) com o fim de individualizar a pessoa (CHOERI, 2010, p.163-164).

Reitere-se que até mesmo essas facetas da identidade, embora impensável até um passado recente,³ estão sujeitas a alterações, pois “o homem passou a interferir em processos até então dominados pela natureza” (BARRETO; BARBOZA, 2001, p.2). Não sem razão,

³Com o desenvolvimento das práticas médicas, aspectos antes tidos por imutáveis podem ser alterados, o que dificulta ainda mais a determinação da identidade. Destaca-se, nesse contexto, o transexual. Diante da possibilidade de se submeter à cirurgia de transgenitalização, autorizada pela Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, a pessoa com distúrbio de identidade pessoal pode transformar a genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários. Essa mudança repercute nos documentos oficiais de registro, pois tem sido autorizada não só a alteração do prenome, mas também do designativo de sexo. Interessante destacar que recentemente foi aprovada na Argentina lei de identidade de gênero, autorizando que travestis e transexuais escolham seu sexo no registro civil, dispendo a normativa que "Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.". Disponível em <http://www.argentinosalerta.org/index.php?option=com_content&view=article&id=2013:reflexiones-sobre-la-ley-de-qiidentidad-de-generoq&catid=1:familia-y-vida>. Acesso em 25/05/2012.

Ascensão (2000, p.47) descreve a pessoa mais como entidade ética do que biológica, pois pelo dinamismo de sua personalidade “o homem é um projecto a realizar”.

Sendo assim, o Direito é constantemente ultimado a renovar-se, acompanhando as mudanças operadas no ambiente social, para oferecer tutela adequada à pessoa, procurando diligentemente acompanhar as mudanças que se operam no ambiente social. Da mudança, torna-se premente que os institutos se reestruem ou sejam funcionalizados para que a defesa da pessoa seja completa. A estrutura hermeticamente fechada das codificações oitocentistas, que foram edificadas sob o pensamento iluminista, até hoje marcantes nos diplomas legislativos não pode prosperar, pois a rigidez com que dispõe sobre as situações subjetivas patrimoniais, é insuficiente para a defesa das situações subjetivas existenciais.

Nesse processo de releitura do Direito, é representativo o papel dos princípios constitucionais. São eles que oxigenam o ordenamento e permitem uma mais ampla proteção jurídica à pessoa humana mesmo na falta de regra específica. A identidade, enquanto aspecto da personalidade, necessita de tutela especial. É sob a perspectiva do Direito Civil Constitucionalizado que é possível extrair fundamento para defesa integral da pessoa, pois o homem concreto transborda o modelo construído pela dogmática civil clássica.

2 A PROTEÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE PELA CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PESSOA

Como já se advertiu, o processo de construção da identidade não é, necessariamente, linear, depende de uma série de fatores para se aperfeiçoar. O Direito é importante instrumento nesse processo, na medida em que fornece mecanismos que permitem à pessoa o exercício de sua autodeterminação, a sua afirmação existencial. No entanto, o Direito Civil isoladamente não é apto a garantir essa tutela já que os elementos estáticos da identidade são priorizados nas codificações em detrimento dos aspectos dinâmicos da identidade.

Considerando que o homem se (re)faz durante toda sua vida, alterando, por conseguinte, sua identidade, aquela formatação rígida afirmada pelas regras jurídicas civilistas não são compatíveis à realidade atual. Pois é exatamente quando o sujeito redimensiona a sua identidade que o Direito tem sido desafiado. Pergunta-se como será a defesa do direito à identidade pessoal de um homem que vive em constante mudança, se até mesmo aquilo que se tinha por imutável, como o corpo, a sexualidade, a cor da pele, pode sofrer alterações pelos avanços da biomedicina. Como o Direito pode acompanhar a trajetória criativa e sinuosa da personalidade humana? Há limites jurídicos válidos para esse processo de autoconstrução identitária?

De princípio, reitera-se a insuficiência da dogmática civilista para resolver a questão, clamando a presença da cláusula geral de tutela da pessoa que emerge da tríade principiológica: dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

A justificativa dessa cláusula geral de tutela da pessoa, também chamada de direito geral de personalidade pela doutrina portuguesa (SOUSA, 1995), parte da crítica ao método legislativo das codificações oitocentistas, nas quais a proteção à pessoa se fazia por um conjunto de direitos subjetivos que, por si, são insuficientes para albergar a variedade de circunstâncias pelas quais a pessoa perpassa ao longo do seu desenvolvimento. O ideal, para a tutela integral da pessoa, é optar por uma disciplina firmada em princípios e cláusulas abertas, ou seja, uma regulamentação por normas que tenham a maior amplitude possível para garantir a liberdade do sujeito ao pleno desenvolvimento.⁴

Sem uma cláusula aberta de tutela da pessoa, o Brasil não permitiria o direito à identidade. Esse processo de autodeterminação, expressão da personalidade, ficaria desguarnecido haja vista a insuficiência do Código Civil de 2002.

A discussão sobre essa norma aberta de tutela da pessoa tem destaque nas doutrinas italiana e portuguesa. Perlingieri (1972) já discutia a necessidade de norma aberta para a tutela da personalidade, denunciando a insuficiência dos direitos especiais de personalidade listados em *numerus clausus* (teorias atomísticas) e reiterando a necessidade de maior mobilidade para que o sujeito pudesse exercer a sua autodeterminação (1972, p.17). Defende que a tutela da pessoa não pode ficar adstrita aos casos previstos na legislação ordinária, a depender da mera atividade de subsunção a verificar a ocorrência de situações típicas a merecerem proteção.⁵

Com base no permissivo constante no artigo 2º da *Costituzione Della Repubblica Italiana*⁶, Perlingieri (2002, p.155) sustenta que mesmo aqueles direitos não expressamente

⁴ É possível identificar uma superação das teorias monista e pluralista dos direitos de personalidade com o advento da noção de cláusula geral de tutela da pessoa. A doutrina subdivide-se em duas teorias para tratar dos direitos de personalidade, a saber: a teoria pluralista e a teoria monista. A primeira defende a existência de uma diversidade de direitos especiais de personalidade, descritos em *numerus clausus*, enquanto a segunda reconhece um direito geral de personalidade. Todavia, ambas as teorias em suas versões originais padecem de insuficiências para proteção integral da pessoa humana, pois foram erigidas sob o paradigma patrimonialista (TEPEDINO, 2008, p. 42)

⁵ Sobre o ocaso do método subsuntivo, Tepedino (2009, p.443) assevera que este parte de duas premissas erradas ao separar o mundo abstrato das normas do mundo real dos fatos, bem como ao dividir o momento de interpretação (premissa maior) e o momento da aplicação (premissa menor), o que acaba por reduzir a aplicação do direito a um processo mecânico e, pior, por subjugar os princípios às regras.

⁶ Art. 2. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

elencados, ou seja, os direitos atípicos, não só podem como devem ser albergados para plena defesa da pessoa, pois, na sua percepção, a personalidade é um *valor*⁷.

De modo análogo, considerando o art. 70 do Código Civil Português⁸, a doutrina portuguesa pugna pela tutela integral da pessoa. Capelo de Sousa (1995, p.116-177) relembra a unidade do ordenamento jurídico, pela articulação das soluções normativas de Direito Civil com a Constituição, a fim de reafirmar que a tutela é para defesa de cada homem em si, concretizado na sua específica realidade física e moral, o que envolve também a sua individualidade e o direito a ser diferente. Embora reconheça a importância dos direitos especiais, Sousa destaca a importância do direito geral de personalidade como um direito-mãe, apto a assegurar o sujeito quando esgotado os *numerus clausus*.⁹

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não faz referência expressa à cláusula geral de proteção à pessoa, como ocorre na Constituição Italiana. Tampouco o Código Civil Brasileiro segue o exemplo do Código Civil Português que faz expressa alusão ao direito geral de personalidade. Do contrário, a legislação civil pátria opta por elencar alguns direitos especiais de personalidade nos arts. 11 e 21. No entanto, da articulação entre o princípio da

⁷ Assim, “Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas. A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações” (PERLIGIERI, 2002, p.155).

⁸ SECÇÃO II – Direitos de personalidade – Artigo 70 (Tutela geral da personalidade) – 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

⁹ Na sua compreensão, “[...] o direito geral de personalidade, enquanto direito-mãe (*Mutterrecht*) ou direito-fonte (*Quellrecht*), tendo como objecto a personalidade humana no seu todo, fundamenta, enforma e serve de princípio geral mesmo aos próprios direitos especiais de personalidade *legais*, que, embora dotados de relativa autonomia, têm por objecto determinadas manifestações parcelares daquela personalidade. Daí que, nomeadamente, as normas do direito geral de personalidade se apliquem subsidiariamente, como vimos, aos direitos especiais de personalidade *legais*. Além do que, devendo estes direitos, pela sua própria natureza, estar específica e circunscritamente previstos na Lei, não esgotam o bem geral da personalidade humana, necessariamente mais extenso, intenso e dinâmico do que os bens especiais de personalidade tutelados por aqueles direitos e, de certo modo, englobante destes últimos bens. Assim, o direito geral de personalidade *completa* a tutela juscivilística da personalidade humana, constituindo o seu *Tatbestand* amplo e aberto, mas suficientemente delimitável, a estrutura normativa directa e imprescindível para a sanção civil das ofensas ou ameaças de ofensas da personalidade não reguladas especificamente na lei e das ofensas ou ameaças de ofensa de zonas múltiplas da personalidade, uma tuteladas especialmente na lei e outras abrangidas pelo regime-regra.” (SOUSA, 1995, p. 559).

dignidade da pessoa humana (previsto no art.1º., art.5º. e art.170, CF/88), o direito geral de liberdade (art.5º., II, CF/88) e o direito fundamental à igualdade (art.5º., I, CF/88) com os dispositivos do Código Civil constantes no art. 927 e no capítulo pertinente aos direitos da personalidade se pode deduzir a presença dessa cláusula geral de tutela.

Da própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro não se pode acreditar que a tutela da pessoa se faça apenas pelo rol limitado dos direitos especiais de personalidade apresentados pelo Código Civil. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.117-118) adverte que não faz sentido discutir-se sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos de personalidade porque da principiologia constitucional já se extrai uma cláusula geral de tutela que, por si, imprime o intento da Constituição em proteger a pessoa e o seu direito ao desenvolvimento.¹⁰ Nessa mesma linha é o entendimento de Tepedino (2008, p.48) quando sustenta a existência da cláusula geral de tutela da pessoa, no Brasil, a partir da conformação dos princípios constitucionais.¹¹

Seguindo a doutrina já citada, a jurisprudência pátria passa a fazer referência expressa à cláusula geral de tutela da pessoa como fundamento para as decisões¹². Nesse esteio, a IV Jornada de Direito Civil afirmou uma orientação interpretativa bem ampla para os direitos de personalidade referidos no art. 11 do Código Civil de 2002:

274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Entende-se que as omissões ou mesmo as simplificações legislativas não são capazes de minar a concretude do projeto pessoal de cada um de formar sua subjetividade. A principiologia constitucional e os direitos fundamentais já oferecem o suporte jurídico

¹⁰ Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do dispositivo constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Por outro lado, tampouco há que se falar apenas em ‘direitos’ (subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante. (MORAES, 2010, p.117-118)

¹¹ Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º. do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa, tomada como valor máximo pelo ordenamento (TEPEDINO, 2008, p.48).

¹² A título exemplificativo, ver: REsp 450.566/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011; REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010; REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009.

necessário à defesa integral da pessoa quando se articulam para a formação da cláusula geral de tutela. A promoção e a defesa da pessoa, é certo, como fim último do Direito, continuam condicionadas à ordem de valores informada pelos os princípios que asseguram a unidade e a adequação do sistema jurídico (CANARIS, 1996, p.23).

Todavia, nessa empreitada de afirmação do ser, alguns elementos que são primordiais para a identidade encontram entraves expressos na legislação. Na classificação sugerida Alex Mucchielli, Choeri (2010, p.22) esses elementos seriam: o corpo, em destacada importância; a necessidade de pertencimento a grupo ou segmento social; a consciência de unidade e de coerência expressa pelas percepções que o sujeito tem de seu entorno; a temporalidade de sua existência percebida pelas etapas sucessivas de sua vida; o sentimento de diferença em dialética com o que se é; o valor que se tem sobre si; a autonomia refletida na liberdade, a vontade de confiar e a realização do projeto ético-existencial.

Na qualidade de elemento essencial, a noção de corporeidade, bem como as possíveis limitações sobre os atos de disposição precisam ser revistas, especialmente quanto em correlação com os outros elementos acima, a exemplo da pertença a um grupo ou segmento, a consciência e autonomia. Porém, o Código Civil, no art. 13. é enfático em vetar as alterações corporais, dispondo que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Com isso, não estaria restringindo o direito da pessoa em construir sua própria identidade? De modo mais específico: a pessoa pode dispor do próprio corpo para a construção de sua identidade, ainda que essa disposição não seja recomendada por médico e implique na diminuição permanente da integridade física? Quais seriam os bons costumes aptos a justificar a limitação dessa manipulação corporal?

3 O CORPO COMO ELEMENTO DA IDENTIDADE: UMA RELEITURA DO ART. 13 DO CÓDIGO CIVIL A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dentre todos os aspectos que informam a identidade, o corpo ganha especial atenção, na medida em que representa o “vetor semântico pelo qual a evidência da relação [do homem] com o mundo é construída” (LE BRETON, 2010, p.7). Não existe pessoa sem corpo.

Rodotà (2004, p.91-92) compreende que pelas amplas possibilidades de alteração corporal que o desenvolvimento científico permite já não se pode mais encarar o corpo como uma “encarnação imodificável de si”. Trata-se, muito mais, de uma “construção pessoal, um objeto transitório e manipulável, suscetível de múltiplas metamorfoses segundo os desejos individuais”. Por óbvio, cada um tem corpo vivo (*Leib*), mas é o corpo vivido (*Körper*),

aquele construído, experimentado e modelado ao longo da vida, que mais importa à correta identificação da pessoa (ORTEGA, 2008, p.63).

As descobertas científicas e as novas possibilidades de mapeamento do corpo e de seu funcionamento permitem intervenções mais inusitadas, o que leva a pensar que o desenvolvimento do conhecimento biomédico parece não sofrer limites técnicos. Dentre as intervenções, destacam-se as técnicas de reprodução assistida, o mapeamento genético, os transplantes de órgãos, as cirurgias de transgenitalização, as intervenções estéticas, a robotização e as diversas possibilidades da nanotecnologia *etc.* Muitas delas se tornam cada vez mais comuns, aceitas e até mesmo desejadas, pois na busca da longevidade, da saúde física, do anseio reprodutivo e da busca pelo belo tudo parece aceitável. No entanto, as interferências não se esgotam nesta zona.

Há tantas outras modalidades de intervenção corporal que causam perplexidades. São as modificações corporais (*body modification*) que nem sempre seguem o padrão do belo, definido pela cultura ocidental. Por meio da prática de tatuagem, *piercing*, *burning*, *branding*, *cutting* ou *scarification*, implantes subcutâneos, *etc.*, há pessoas que alteram suas compleições físicas com o fim de afirmar uma identidade. Podemos destacar o caso emblemático de Erik Sprague, ex-candidato ao doutorado na Universidade de Albany, que se submeteu a diversas cirurgias com a intenção de assemelhar-se a um lagarto.¹³

Igualmente se destaca o caso dos *wannabes* (*amputee by choice*), também chamados de apotemnófilos, pessoas que desejam a amputação de um membro específico por sofrerem, segundo especialistas, de um distúrbio caracterizado pela rejeição a alguma parte do corpo (KONDER, 2003, p.62-66).¹⁴

Quando do primeiro contato com essas realidades tão específicas, a reação da maioria das pessoas é a de associar essas atitudes à manifestação sintomatológica de um

¹³ Informações obtidas no site oficial de Erik Sprague, <<http://www.thelizardman.com/>>. Analisando o caso, Schreiber (2011, p.36) explica que Erik com essa intervenção queria transformar seu corpo em uma obra de arte que explorasse o que significa ser homem do ponto de vista linguístico, partindo dos estudos de filosofia da linguagem de Wittgenstein. Destaca-se a importância da discussão do tema porque na 1ª fase do Concurso Público para Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro questão semelhante foi abordada. Os candidatos eram perguntados sobre a viabilidade da pretensão de indivíduo hipossuficiente recorrer a hospitais públicos para realização de cirurgias para deixá-lo com a aparência de um lagarto. Infelizmente, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro não disponibilizou espelho de respostas, mas nos fóruns de debate do concurso, os candidatos que afirmaram ser viável o pleito, pela plataforma constitucional, obtiveram melhores resultados.

¹⁴ Notícia veiculada pela rede ABC, narra a história de um químico que permaneceu com as pernas imersas durante 6 (seis) horas em gelo seco para depois se dirigir a um hospital com o intuito de ver seus membros inferiores amputados. O Dr. Michael First, um psiquiatra da Universidade de Columbia em Nova York, tem estudado casos dessa ordem e afirma que essas pessoas são aparentemente normais e apenas sofrem de *body integrity identity disorder* (BIID), desordem similar aos casos de distúrbio de gênero presente nos transexuais. Disponível em <<http://abcnews.go.com/Primetime/Health/story?id=1806125&page=1#.T71MbUVSSx4>>. Acesso em 23/05/2012.

transtorno psíquico.¹⁵ De fato, Ortega (2008, p.58-59) destaca que esse fenômeno ora é analisado como uma patologia, ora é avaliado como um produto da sociedade de consumo, como um espetáculo ou uma moda. Mas, divergindo de uma e de outra corrente, ele próprio entende que a questão é muito mais complexa. Tratá-la como mero modismo seria incorrer em um reducionismo e qualificá-la como um comportamento sempre patológico seria negar a capacidade de agência dos envolvidos e ignorar a importância de suas motivações.

À semelhança de Le Breton (2011, p.69-70), Ortega (2008) entende que essas modificações corporais implicam em *fatores de identificação*. Acompanhando o entendimento de que a pós-modernidade gera uma perda de certezas, conforme observação de Giddens (1991), os atos de modificação corporal seriam uma espécie de resposta a um “déficit identitário”, de sorte que o investimento no corpo seria uma reação ao esfacelamento dos laços sociais, do afastamento do outro e da perda dos valores coletivos que compunham o mundo simbólico do indivíduo (ORTEGA, 2008, p.60-61).¹⁶

Nessa intelecção, o corpo é considerado um importante aspecto da identidade, e os atos de disposição podem refletir uma forma de construção da própria identidade. Uma vez que se compreenda a identidade como direito de personalidade, há que se tutelar o processo de construção identitária que envolve as disposições sobre o próprio corpo (OTERO, 1999, p.33). Importa indagar sobre a possibilidade de normas de ordem pública limitarem a autonomia privada¹⁷ no que toca a esse aspecto, ainda mais considerando a tênue fronteira entre os atos que conformam a personalidade da pessoa e outros que atentam contra sua integridade psicofísica. Havendo limite, qual seria a sua medida e em qual interesse público se lastrearia?

A compreensão do “multifacetado e polissêmico” conceito de liberdade e, consequentemente, da autonomia privada (MORAES, 2010, p.183) tem sobejada importância para a discussão. No campo das situações existenciais, essa liberdade se expressa na noção de consentimento, que assume acepção distinta daquela verificada no âmbito das tratativas patrimoniais (PERLINGIERI, 2002, p.276). Isso porque a liberdade no plano das relações

¹⁵ Discutindo o conceito de normalidade, por todos, CANGUILHEM, Georges. (2009, *passim*).

¹⁶ Em termos literais, Ortega (2008, p. 61) diz que “o desarraigamento social e a ausência de vínculos simbólicos e rituais coletivos conduzem o indivíduo a se retrair sobre si e fazer do seu corpo um universo em miniatura, uma verdade sobre si e um sentimento de realidade que a sociedade não consegue mais lhe fornecer. A modificação corporal responde a esse déficit identitário, constitui uma suplência identitária, ‘um tipo de assinatura de si pela qual o indivíduo se afirma na identidade escolhida’”.

¹⁷ Compartilha-se do entendimento de Pietro Perlingieri de que “a autonomia privada [...] não é um valor em si mesmo. Todo ato e portanto toda relação, para ter validamente ingresso na juridicidade e na tutela do ordenamento, que se caracteriza pela promoção social e pela garantia da pessoa, dever ser submetido a um controle normativo de valor, a uma valoração positiva.” No caso, o valor a ser considerado é o *valor personalidade* (2002, p.256-257 e 155).

existenciais toca em aspectos muito valorosos pela humanidade, ao longo do processo de hominização. Assim, qualquer tentativa de responder questionamentos ora colocados, no campo jurídico, também não prescinde de uma análise filosófica e ética.

Remontando a Kant e, logo depois, fazendo referência a Robert Nozick, Marzano-Parisoli (2004, p.154) apresentam-se dois extremos sobre a compreensão do corpo: ora identificado à pessoa, ora rebaixado ao nível das coisas. A primeira noção firma-se no pensamento de Kant,¹⁸ para quem a pessoa, ente dotado de dignidade, não tem direito nenhum para dispor sobre o próprio corpo, com o fito de instrumentalizá-lo.¹⁹ Pela segunda linha de entendimento, mais afinada ao pensamento libertário de Nozick, o sujeito teria ampla liberdade para a prática dos atos de disposição.

Na abordagem realizada por Mill (2010, p. 49), a liberdade sempre terá limite na alteridade. Por esta via, a conduta da pessoa só estaria limitada em relação aos outros, pois “naquela parte que só diz respeito a si mesma, a independência de cada pessoa é, por direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seus próprios corpo e mente, o indivíduo é soberano”. Assim, na medida em que a alteração corporal não resultasse em qualquer efeito para o direito de terceiro e da coletividade, o sujeito teria a sua liberdade assegurada.²⁰

No Direito brasileiro, parece que a noção de liberdade não tem a mesma amplitude prospectada por Nozick ou por Mill (MARZANO-PARISOLI, 2004, p.154). Exemplo disso está nos artigos 11 e 13 do Código Civil vigente, nos quais se vê expressa vedação à limitação voluntária dos direitos de personalidade e a permissão restritiva para os atos de disposição do próprio corpo, que sempre dependerão de: exigência médica,²¹ não implicação em diminuição permanente da integridade psicofísica e obediência aos bons costumes.

As limitações que cercam os atos de disposição sobre o próprio corpo são frágeis e não resolvem toda celeuma em torno do assunto. Suponha-se que uma mulher se submeta à cirurgia estética para ampliar ou reduzir os seios, ou para buscar uma feição orientalizada, ou

¹⁸ Em termos literais: “No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade” (2011, p.65). O corpo teria dignidade segundo Kant.

¹⁹ Rodotà (2010) critica essa contraposição entre liberdade e dignidade, pois “considerando a relação entre liberdade e dignidade, esta é vista às vezes como uma oposição insanável; a primeira portadora do valor da autonomia da pessoa, enquanto a dignidade seria um veículo de imposição autoritária de valores limitativos àquela autonomia”.

²⁰ Mill, no entanto, diz que essa liberdade só deve ser deferida a “seres humanos que estejam na maturidade de suas faculdades”, não se referindo nessa passagem a limitação dos menores e jovens. Diz ele que se deve “deixar fora de consideração aqueles estágios atrasados da sociedade nos quais a própria raça poder ser considerada como menor de idade.” (2010, p.49-50)

²¹ Na I Jornada de Direito Civil, foi dada a seguinte interpretação ao referido termo: “6 - Art. 13: A expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.

para lograr alongamento de sua altura motivada por mera vaidade. Para essas intervenções, não há, necessariamente, exigência médica e, todas elas, implicarão em diminuição permanente da integridade psicofísica. No entanto, como encontram guarida nos bons costumes, são permitidas. Em que difere essas intervenções daquela que pretende a transmutação em aparência de lagarto? Este último sofreria por certo maior resistência. A transmutação da aparência humana é considerada atentatória ao conceito aberto e impreciso dos bons costumes, justificando a repugnância social. A violência que a cirurgia de alongamento da altura não consistiria também ofensa aos bons costumes, especialmente quando motivada apenas na vaidade estética? Quais justificativas seriam consideradas plausíveis para limitar a autonomia?

A resposta a esses questionamentos, bem como o preenchimento do vago conceito de bons costumes parece encontrar algum fundamento no conceito de dignidade da pessoa humana corrente em uma determinada época. O conceito material de dignidade da pessoa humana adotado para análise é o proposto por Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.85), que entende que

O substrato material da dignidade da dignidade [...] pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.

Na resolução do conflito identidade *versus* atos de disposição do próprio corpo, estão em jogo de maneira mais evidente a liberdade da pessoa de formatar sua identidade e a defesa contra si mesma de sua integridade psicofísica. A resolução desta questão não terá uma resposta apriorística, pois somente o caso concreto pode permitir a ponderação para localizar o princípio mais adequado. Mas algumas pistas podem ser dadas a partir da análise em abstrato de casos paradigmáticos.

No caso de tatuagem e de *piercing*, por serem práticas já antigas e que não importam em grande redução da integridade psicofísica, no mais das vezes, a liberdade da pessoa deve imperar. Quando se tratar de incapaz, as medidas protetivas devem ser observadas, de modo a considerar o cuidado do responsável. Portanto, o autor da intervenção não pode realizar o procedimento sem a autorização do responsável. Inobstante, há larga literatura sobre o

necessário reconhecimento da autonomia do incapaz para o trato de questões existenciais, quando apresentar o devido discernimento.²²

De modo diverso, os casos de modificações corporais extremas ou que importem na amputação de um membro requerem maior reflexão. Na primeira situação, a intenção de transfiguração em aparência animal, como tencionava o homem lagarto, deve ser considerado o princípio da solidariedade, além da liberdade e da integridade psicofísica, pois atos dessa ordem trazem reflexões sobre o tipo de sociedade se quer viver e deixar para as gerações futuras. O homem é um ser social e sua liberdade é sempre avaliada intersubjetivamente. A mudança da aparência humana pode impactar na pertinência da pessoa ao consórcio humano em cuja ambiência a liberdade é sempre interativa (GUSTIN, 2009, p.7).

Já no caso dos *wannabes (amputee by choice)*, por se tratar de um transtorno psíquico, acredita-se que resposta deva acompanhar a solução dada aos casos de distúrbio de gênero, relativa às cirurgias de transgenitalização.²³ Nos casos de paciente transexual, a cirurgia é o último recurso e é realizada somente quando o paciente é diagnosticado como portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e com tendência à automutilação ou auto-extermínio. Para a realização do procedimento de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários com a consequente adequação da genitália ao sexo psíquico, o paciente é acompanhado por, no mínimo, 2 (dois) anos com o fim de ser aferida a permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente. Assim, a proposta mais consentânea com a dignidade da pessoa com *body integrity identity disorder (BIID)* seria, primeiramente, seu

²² Pasquale Stanzone (2007, p.167) entende que “L’equazione tra minore d’età e persona è emanazione Del principio costituzionale di egualianza, Che, come tale, non tollera ripartizione delle persone in classi di ETA. Ne deriva che, in tema di diritti e libertà fondamentali, la fissazione di limite d’età – oltre che essere di sospetta costituzionalità – rappresenta gli stessi inconvenienti additati a propósito della distinzione tra capacità giuridica e capacità d’agire in ordine alle situazione esistenziali. Se invece il criterio della compatibilità, di cui alla norma in oggetto, intende ancorarsi alla capacità di discernimento del minore, è evidente che muta la prospettiva e il giudizio - a mio avviso - non può che essere positivo. L’ambiguità del termine adoperato si scioglie nel senso che il godimento effettivo dei diritti e delle libertà costituzionali è legato alla raggiunta capacità di discernimento del minore, derivante a sua volta dalla valutazione casistica della situazione globale dello stesso minore in relazione al singolo atto, alla singola scelta esistenziale”.

²³ O caso dos transexuais é emblemático para demonstrar como se afina a tratativa do corpo à compreensão de dignidade de pessoa humana de cada momento. Há não muito tempo, a prática do procedimento de transgenitalização poderia ser considerada crime de lesão corporal, mesmo que o paciente autorizasse o médico. No entanto, aos poucos, foi sendo reconhecido que aquelas pessoas que tencionavam fazer a cirurgia sofriam de um tipo de desvio psicológico permanente de identidade sexual que implicava na rejeição do fenótipo e tendência à automutilação ou auto-extermínio pelo que precisavam da intervenção para que fosse protegida sua integridade física e mental, expressão da dignidade. Com o reconhecimento desse distúrbio pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução CFM nº 1.482/97, o alteração de sexo passou a ser permitida pela sua finalidade terapêutica, sendo necessário o consentimento livre e esclarecido do paciente. Ressalte-se que a Resolução 1.482/97 foi revogada pela Resolução 1.652/2002. Esta, no entanto, foi revogada pela Resolução 1.955/2010, que atualmente dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo.

acompanhamento e tratamento, sendo permitida a amputação apenas na extrema circunstância em que o bem estar psicofísico não possa ser assegurado de outra forma.

A discussão sobre a temática é tortuosa, mas deve ser enfrentada. É evidente que a dogmática civil não está apta a tratar dessas questões,²⁴ pois os institutos gerais foram criados em um contexto diferente e em meio a condicionantes que não se aplicam mais ao atual estado da arte.

É preciso avaliar nesses casos, se (ou até que ponto) as limitações de ordem ideológica, institucional e religiosa à liberdade devem repercutir para justificar a limitação jurídica da autodeterminação. Pois sobre essa matéria, o tratamento há que se estabelecer pela absoluta laicidade que implica no afastamento de todo poder ideológico, institucional e religioso sobre o direito de autogoverno da pessoa (RODOTÀ, 2010).

Brevemente o Direito será instado a se manifestar, de modo mais geral, sobre os limites públicos e privados na seara da corporeidade. Algumas questões já chegaram aos tribunais superiores, como o caso dos transexuais, que tem logrado êxito não só para realizar o procedimento cirúrgico de reajuste da genitália, como também para disciplinar outras questões que despontam dessa intervenção e, que também repercutem na identidade, a exemplo da informação registral sobre o nome e o sexo, da capacidade para o casamento *etc.*²⁵

CONCLUSÃO

A identidade é tutelada pelos direito de personalidade porque informa quem a pessoa é, tocando nas questões mais essenciais do ser humano. Os direitos de personalidade, ao seu turno, não podem ser definidos de modo estanque, sob o formato de direitos subjetivos especiais. Qualquer tentativa de estabelecer um instrumento de tutela à pessoa fixo e sem flexibilidade estaria fadado à incompletude, haja vista os aspectos multifacetários da vivência do homem e sua personalidade são fluidos.

²⁴ Considerando o ordenamento jurídico como um sistema teleológico, conforme a proposta de Canaris (1996, *passim*), os valores constitucionais de liberdade e dignidade poderiam justificar a autonomia do sujeito em dispor do próprio corpo, naqueles termos que Rodotà (2010) não entende por ilícito.

²⁵ No Superior Tribunal de Justiça, já houve grande avanço na tratativa da matéria. Destacam-se sobre o assunto o Recurso Especial 678933/RS e o Recurso Especial 737993/MG que reconheceram o direito de postulantes transexuais de terem alterados seu prenome e designativo sexual, desde que no livro cartorário ficasse averbado, à margem do registro, que aquela informação foi alterada em decorrência de decisão judicial. Somente com o julgamento do Recurso Especial 1008398/SP, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi determinada a alteração do assento de nascimento, autorizando a mudança do designativo de sexo e do prenome, com a expressa menção na parte dispositiva do acórdão de que nas certidões de registro público não deveria constar que a referida alteração era oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de redesignação sexual.

Entende-se, seguindo o esteio de Hall (2011), que identidade nos dias atuais corresponde a uma identidade plástica, em que o sujeito não necessariamente precisa manter um *eu* coerente ao longo de toda sua vida. É na mudança de sua identidade, portanto, que o homem a constrói.

A compreensão civilista de identidade lastreada em elementos estáticos como o nome, a sexualidade, o estado de filiação e a nacionalidade não são suficientes para compreender e tutelar a pessoa durante seu processo identitário. Mas, pela articulação dos princípios da dignidade, da liberdade e da identidade, conformando a cláusula geral de tutela da pessoa, é possível sustentar um direito à identidade mais abrangente, permitindo uma maior mobilidade à pessoa no processo de sua autoconstrução.

Assim, somente a partir da principiologia constitucional é possível deduzir-se uma cláusula geral de tutela que ampare a pessoa no processo de desenvolvimento, inclusive quanto à construção da identidade.

Os atos de disposição corporal podem ser qualificados como atos de construção da identidade e merecem, por isso, ser albergados pela cláusula geral de tutela da pessoa. Nesse aspecto, entende-se que uma interpretação literal do art. 13 do Código Civil vigente não será adequado aos valores constitucionais que imprimem autonomia à pessoa, pois mesmo casos que não importem em medidas terapêuticas, que impliquem na diminuição permanente da integridade psicofísica e que contrariem os bons costumes que devem ser permitidos a depender da singular situação da pessoa.

É de ver que a autonomia sobre o corpo não é também um direito absoluto, havendo limitações constitucionais a esse direito. É preciso que se avalie com cuidado o que deve preponderar em casos desse jaez: a liberdade ou a integridade psicofísica do sujeito. Ambos os princípios, por serem expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, merecem ser considerados na resolução do fato concreto.

A sintonia entre a expressão volitiva e a possibilidade de disposição corporal vai depender do caso sob análise. Mas é evidente que a norma contida no art. 13 do Código Civil não se ajusta aos valores constitucionais, pois, ao colocar limites taxativos ao direito de identidade pessoal, não é apta a acompanhar o processo de construção da subjetividade próprio da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Parte geral. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARRETO, Vicente de Paulo; BARBOZA, Heloisa Helena (Org.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

_____. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Mana Thereza Redig de Carvalho Barrocas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. **Modernidade e identidade**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos *wannabes*. **Revista trimestral de direito civil**. v. 15, julho/setembro, 2003.

LE BRETON, David. **A sociologia do corpo**. Trad. Sonia M. S. Fuhrmann. Petrópolis (RJ): Vozes, 2010.

_____. **Antropologia do corpo e modernidade**. Trad. Fábio dos Santos Creder. Petrópolis (RJ): Vozes, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARZANO-PARISOLI, Maria Michela. **Pensar o corpo**. Trad. Lúcia M. Edlich Orth. Petrópolis (RJ): Vozes, 2004.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Ari R. Tank. São Paulo: Hedra, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renova, 2003.

OLIVEIRA, Nuno Manuel de. **O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento**. Ensaios sobre um caso de constitucionalização do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ORTEGA, Francisco. **O corpo incerto**: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Napoli: ESI, 1972.

_____. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. **Revista trimestral de direito civil**. v. 19, julho/setembro, 2004.

_____. Autodeterminação e laicidade. Trad. Carlos Nelson Konder. Texto original publicado In **Perché laico**. Bari: Laterza, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995.

STANZIONE, Pasquale. Interesse del minore e statuto dei suoi diritti. **Diritto civile e situazione esistenziali**. Gabriella Autorino e Pasquale Stanzione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p.161-178.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de direito civil** – Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O ocaso da subsunção. In **Temas de direito civil** – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.