

Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana*

Maria Cristina de CICCIO**

RESUMO: A problemática relativa aos atos de disposição do corpo e, especialmente, à possibilidade de concluir válidos e eficazes negócios tendo como objeto o corpo humano ou partes dele, diz respeito não apenas ao âmbito estritamente jurídico, mas também à ética, à moral e à religião. Além disso, deve-se levar em conta que o desenvolvimento tecnológico dos últimos anos incidiu fortemente sobre o modo de conceber a pessoa, e assim, a partir dos anos 90, o conceito tradicional de indivíduo e de corpo começou a entrar em crise, impondo, portanto, uma redefinição.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Disposição do próprio corpo. 2. Bioética. 3. Biodireito.

ABSTRACT: *The problem related to acts of disposition of one's own body and especially to the possibility of concluding valid and effective contracts which have as their object the human body or its parts is related not only to the strictly legal field but also to ethics, moral and religion. Besides, one must take into account that the technological development over the last years has changed drastically the way of understanding the person and, thus, from the years 1990s on, the traditional concept of individual and of body has entered into a crisis, demanding redefinition.*

KEYWORDS: 1. Disposition of one's own body. 2. Bioethics. 3. Biolaw.

1. Inicialmente quero agradecer o amável e honroso convite para participar do Congresso Internacional de Direito Civil e aqui tecer algumas considerações sobre o tema “Atos de disposição sobre o próprio corpo” em relação aos direitos italiano e brasileiro, mas sem pretensão alguma de exaurir o tema. A escolha dos ordenamentos a serem comparados foi quase obrigatória porque é notório que um dos modelos de referência usados pelo legislador brasileiro ao redigir o Código Civil de 2002, foi o Código Civil italiano de 1942. E já aqui, como comparatista, não posso deixar de fazer uma crítica. O legislador brasileiro, no mais das vezes, e certamente na parte que aqui nos interessa, em contraste com as regras que norteiam o método comparativo¹, limitou-se a transpor o texto italiano tal como originalmente previsto, sem levar em conta a significativa evolução doutrinária e jurisprudencial que ocorreu nesse meio tempo. Esse também é um fato notório porque a doutrina brasileira mais atenta não deixou de fazer críticas nesse sentido.²

* A autora preferiu manter o estilo coloquial, acrescentando, em notas, as referências mais relevantes.

** Professora Associada da Università degli studi di Camerino, Itália.

¹ LÉONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, *Tratado de direito comparado*, Tomo 1, Introdução ao Direito Comparado, tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1996 e *Tratado de derecho comparado*, vol. II, El metodo comparativo, Valparaiso: Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1987.

² V., por todos, GUSTAVO TEPEDINO, O Velho Projeto de um Revelho Código Civil, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 437 e ss.; ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Insuficiências, deficiências e desatualização do Profeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2000, p. 1 ss.; LUIZ EDSON FACHIN e C.E. PIANOVSKI RUZYK, *Um Projeto de Código Civil na Contramão da Constituição*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2000, vol. 4, p. 243 e

Essa minha premissa, na realidade, serve também para justificar o fato de que a minha palestra será centrada principalmente no direito italiano. Isso porque, de acordo com outra regra metodológica do direito comparado, conhecer a evolução e a efetividade do modelo de referência contribui para uma melhor compreensão do próprio direito.

2. Antes de abordar o tema escolhido, gostaria de colocar uma questão preliminar de método porque hoje, mais do que nunca, a teoria da interpretação deve orientar-se para realizar os valores fundamentais do ordenamento, em atuação voltada não ao mero respeito da lei, mas à realização da justiça do caso concreto. Nessa direção devem ser entendidas tanto a necessidade de releitura dos institutos civilísticos à luz da Constituição, quanto a aplicação direta das normas constitucionais nas relações interpriadas. Uma reconstrução do direito civil como setor não separado do direito constitucional, mas como parte integrante de um ordenamento unitário que requer a concretização dos princípios constitucionais também nas relações entre particulares.³

A elaboração do Código Civil de 2002 foi norteadada pelos princípios de eticidade, socialidade e operabilidade⁴. Mas a efetividade desses princípios somente é possível se inseridos e interpretados na unidade do sistema⁵. Justamente por isso devem ser interpretados e aplicados à luz da Constituição, e não serem utilizados autonomamente como meros parâmetros hermenêuticos. É importante frisar que somente a Constituição, e não o Código Civil, pode garantir a unidade axiológica do sistema, principalmente diante das transformações ditadas pelas inovações tecnológicas, que devem ser enfrentadas coerentemente com o valor máximo da dignidade humana.

A Constituição - não o Código - representa o ponto central do ordenamento jurídico. Uma centralidade que confere coesão e coerência ao sistema e mediante a qual a complexidade se conjuga com a unidade.

Para permanecer no nosso tema, a disposição do art. 5 do Código Civil italiano é a mesma da legislação anterior à Constituição de 1947, mas a norma atualmente é diversa, porque é o resultado de uma interpretação unitária do ordenamento, de um ordenamento que apresenta, hoje, valores diferentes do passado. Uma unidade, portanto, não teórica, mas aplicativa⁶. E justamente nesse ponto pecou o legislador brasileiro ao transpor para o novo Código Civil o texto do art. 5 italiano, de matriz fascista, sem levar em conta não só a evolução ocorrida no direito italiano, mas também e principalmente, a mudança paradigmática ocorrida no Brasil após a Constituição de 1988 que elevou a pessoa humana à categoria central do ordenamento brasileiro.

A matéria está regulada no art. 5 do Código Civil italiano⁷ e no art. 13 do Código Civil brasileiro. Não pretendo nesta ocasião fazer uma exegese dos referidos artigos, mas apresentar somente algumas reflexões. A opção de não analisar a disciplina codicística deve-se também ao tema central deste Congresso, ou seja, uma homenagem aos 10

ss.; MARIA CRISTINA DE CICCO, Il nuovo codice civile brasiliano: un esempio di involuzione del diritto, in *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, Napoli: ESI, 2006, p. 485 e ss.

³ PIETRO PERLINGIERI, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008; MARIA CELINA BODIN DE MORAES, A caminho de um direito civil constitucional, in *Revista de Direito Civil*, vol. 65, São Paulo, 1993, p. 21 e ss.; GUSTAVO TEPEDINO, Premissas metodológicas para a Constitucionalização do direito civil, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1 e ss.

⁴ M. REALE, *O Projeto de Código Civil*. Situação atual e seus problemas fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1986.

⁵ Sobre esse tema é fundamental a leitura de PIETRO PERLINGIERI, Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 188 e ss.

⁶ Sobre esse ponto, v. MARIA CRISTINA DE CICCO, Teoria da interpretação e normas de direito civil, in *Revista brasileira de filosofia*, ano 59, vol. 235, julho-dezembro, 2010, p. 231 e ss.

⁷ "Art. 5: Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume".

anos do Código Civil de 2002. Pode parecer paradoxal, mas não é. Assim como grande parte da doutrina brasileira, também não concordo com muitas das soluções adotadas pelo legislador brasileiro, mas em um clima festivo como o que norteia este nosso encontro, eu me sentiria pouco à vontade para criticar o homenageado.

3. Quando se fala de atos de disposição do (sobre o) próprio corpo, pensamos, imediatamente, na doação de órgãos, no transplante. Na realidade, porém, a questão envolve uma vasta gama de *fattispecie* que fazem parte também de um novo ramo do Direito: o Biodireito. Uma nova disciplina com um âmbito de aplicação e de competência muito amplo que encontra, todavia, um ponto de confluência na tutela da pessoa e da sua dignidade em todo o arco de sua existência: do nascimento, mas para alguns desde a concepção, até a morte e, em algumas hipóteses, mesmo depois dela.

Justamente por isso, a problemática relativa aos atos de disposição do corpo e, especialmente, à possibilidade de concluir válidos e eficazes negócios tendo como objeto o corpo humano ou partes dele, diz respeito não apenas ao âmbito estritamente jurídico, mas também à ética, à moral e à religião. Todavia, não podemos esquecer que o direito é estrutura e não superestrutura da sociedade, que ele é um fator que condiciona as relações sociais e, ao mesmo tempo, é condicionado por elas⁸. Desse modo, esses aspectos éticos, morais e religiosos não podem permanecer estranhos a uma investigação voltada a verificar a licitude e o merecimento de tutela de atos que poderiam lesar a dignidade da pessoa, cuja tutela representa o fundamento do atual ordenamento jurídico e legítima a própria intervenção dos poderes públicos.

Ao se analisar a questão, além disso, deve-se levar em conta que o desenvolvimento tecnológico dos últimos anos incidiu fortemente sobre o modo de conceber a pessoa, e assim, a partir dos anos 90, o conceito tradicional de indivíduo e de corpo começou a entrar em crise, impondo, portanto, uma redefinição.

Atualmente, de fato, o corpo não é mais considerado uma entidade abstrata e intocável, com um forte fundamento metafísico, compacto e completo⁹. Ao contrário, ele hoje exprime uma realidade fragmentada, móvel no seu livre desenvolvimento.¹⁰

Assim, o corpo tornou-se objeto de intervenções externas voltadas a melhorar as suas condições de vida e a dar soluções a dificuldades psicofísicas antes insolúveis. Justamente em relação a tal possibilidade, a pessoa passa a ser avaliada em uma nova condição: a condição pós-humana¹¹. Por pós-humano entende-se a possibilidade de integrar ou modificar o organismo também mediante a utilização de instrumentos não humanos ou a substituição de partes do corpo com próteses biônicas, com o objetivo de reintegrar funções perdidas. O problema, todavia, é o de procurar entender até que ponto se possa levar o progresso, já que é sempre necessário assegurar a tutela da dignidade da pessoa humana. A utilização das novas tecnologias não deve, claro, ser indiscriminada e sobretudo deve perseguir finalidades merecedoras de tutela. O conhecido caso do corredor sul-africano Oscar Pistorius é emblemático, visto que apesar de ter perdido a parte inferior das pernas quando criança, substituiu-as com aparelho de fibra de carbônio e, depois de uma batalha legal, conseguiu que lhe fosse

⁸ Cf. as interessantes páginas de PASQUALE FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 302.

⁹ HELGA KUHSE, *Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. Rodotà, Roma: Editori Laterza 1997, p. 65 e ss.

¹⁰ STEFANO RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, Milano: Editoriale Scientifica, 2007, p. 10.

¹¹ Sobre esse ponto v., STEFANO RODOTÀ, *Il corpo e il post umano*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli: ESI, 2008, p. 821 e ss. E no Brasil, DENIS FRANCO SILVA, *Do Humano ao Pós-humano: pessoa e autonomia privada no contexto do aperfeiçoamento biônico*, tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, maio de 2009; *Id.*, *Dai diritti umani ai diritti delle persone: riflessioni sulla post-umanità*, in *civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil*, ano 1, n. 1, 2012.

reconhecido o direito de participar de competições internacionais. Um caso, embora complexo e problemático, útil para demonstrar como as novas tecnologias, se aplicadas com critério e no respeito dos direitos fundamentais, podem contribuir para melhorar as condições de vida dos sujeitos interessados.

A possibilidade de ver reintegradas funções perdidas, ainda que por meios de componentes não humanos, como no caso de Pistorius, não é um aspecto secundário. Ao contrário, deve ser avaliado positivamente sempre que for finalizado a garantir a tutela de um direito fundamental como o da saúde psicofísica. Diverso é o caso da pessoa querer substituir partes sãs do próprio corpo com componentes biônicos somente para obter vantagens de outro modo não alcançáveis. Nesse caso, o merecimento de tutela é discutível, pelo menos no momento atual.

Outro aspecto a ser levado em consideração é a nova dimensão que o ato de disposição do corpo vem assumindo, visto que este, saindo de uma lógica proprietária, permite à pessoa usá-lo como instrumento de expressão para realizar protestos ou mesmo manifestar a própria posição perante a vida. Refiro-me aos fenômenos da *bodyart* e da *body modification*. A *bodyart* é um antigo método de manifestação cultural, política e intelectual que utiliza o corpo para veicular ideias, como o caso da estudante de artes plásticas que resolveu tatuar seu corpo com manchas pretas imitando o couro de uma vaca malhada holandesa com o intuito de protestar contra a incapacidade do ser humano de digerir ideias novas e diferentes.¹²

Com a *body modification*, trata-se de modificação deliberada sobre o próprio corpo por razões que não sejam médicas. Creio que todos tenham ouvido falar no homem-lagarto¹³, um indivíduo que se submeteu a sucessivas cirurgias com a finalidade de se assemelhar a um lagarto. Com sucesso. O seu objetivo era fazer as pessoas refletirem sobre a condição humana.

4. O corpo, portanto, de objeto de direitos com conteúdo patrimonial¹⁴ passa a ser entendido como instrumento de manifestação da personalidade¹⁵. A liberdade de expressão, garantida constitucionalmente, conjuga-se então com o princípio da autodeterminação, na ótica do personalismo, da dignidade e da solidariedade constitucionais. Por conseguinte, diria que um dos aspectos centrais da possibilidade de dispor do próprio corpo reside no consentimento, livre e informado.¹⁶

Mas, contrariamente, a maior parte da doutrina italiana que se interessou pela questão concernente a essa problemática concentrou a própria atenção na disposição contida no

¹² Trata-se de Priscilla Davanzo, que em uma entrevista reclama: "A condição humana é muito superficial, fútil". "É muito chato ser humano, entediante". Segundo a sua opinião: "Não digerimos bem as ideias que recebemos de filmes, livros, jornais". Daí a decisão de homenagear as vacas, porque "elas digerem o bolo alimentar duas vezes". Entrevista disponível em: <<http://www.terra.com.br/cinema/noticias/2000/11/09/001.htm>>.

¹³ V. <http://www.absurdityisnothing.net/2010/03/luomo-lucertola-lizard-man-erik-sprague/>. V. também O site oficial de Erik Sprague: www.thelizardman.com.

¹⁴ Sobre o enfoque tradicional do corpo na lógica patrimonialista, cf. LUIGI MENGONI, La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, p. 1.117 e ss.

¹⁵ A doutrina mais atenta não deixou se assinalar o perigo de justapor situações existenciais e patrimoniais: cf., por todos, PIETRO PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli: Jovene, 1972, *passim*; STEFANO RODOTÀ, Transformações do corpo, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 19, jul./set., 2004, p. 91 e ss.; MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Ampliando os direitos da personalidade*, in José Ribas Vieira (org.), *20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional?*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 371 e ss.; GUSTAVO TEPEDINO, *A Tutela a Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23 e ss.

¹⁶ Como a *Corte costituzionale* italiana tem afirmado repetidamente com base nos arts. 2º, 13 e 32 da Constituição. A centralidade do consentimento, além disso, deduz-se também do art. 3º da *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (agora transcrita no Tratado de Lisboa) e no art. 5º da Convenção de Oviedo sobre biomedicina.

art. 5º do Código Civil¹⁷. A perspectiva que concentra a investigação exclusivamente na disposição do Código parece, porém, não apenas restritiva, mas nem mesmo conforme à atual hierarquia das fontes e dos valores que caracterizam o ordenamento constitucional. Os limites impostos pelos arts. 5º CC italiano e 13 CC brasileiro (redução permanente da integridade física, ordem pública e bom costume) procuram somente estabelecer um ponto de equilíbrio entre autonomia da pessoa a dispor do próprio corpo, entendido este no sentido patrimonial, e o controle público em vista da tutela de interesses superiores¹⁸. Reduzir o perfil inerente à saúde exclusivamente ao respeito da integridade física, porém, significaria ignorar a revolução realizada pela Constituição republicana e diminuir o valor sobre o qual ela assenta, isto é, a dignidade da pessoa.

Na ótica constitucional italiana e brasileira, de fato, a saúde não deve ser entendida apenas como estado de bem-estar psicofísico, mas também, em uma visão dinâmica e social, como são e livre desenvolvimento da pessoa¹⁹. Nesse sentido, a saúde se liberta da concepção restritiva da integridade física para abraçar os aspectos unitários físicos e psíquicos da pessoa, além do próprio modo de entender a qualidade de vida. Um aspecto, este último, muito importante no tema que estamos tratando, como emergirá dos exemplos que serão apresentados. A saúde é prevista autonomamente em nível constitucional (art. 32 da Constituição italiana, como direito fundamental, e art. 6º da Constituição brasileira, como direito social), mas deve ser considerada juntamente com a norma que, como cláusula geral de tutela da pessoa, reconhece e garante os direitos da pessoa, com exclusão de qualquer taxatividade ou tipicidade deles (arts. 2º e 3º, § 2º da Constituição italiana).²⁰

Já a perspectiva que emerge do Código Civil italiano (e transposto depois no Código brasileiro) e da ideologia essencialmente patrimonialista na qual ele se inspira deveria levar o intérprete, em uma exegese não axiológica, e portanto condenável, a negar a licitude e o merecimento de tutela dos atos, como, por exemplo, da mudança de sexo (introduzida, na Itália, com a Lei n. 164, de 14 de abril de 1982), perfeitamente conformes, ao contrário, aos valores que estão na base do quadro constitucional. Ninguém duvida do fato que a mudança total de sexo comporte uma diminuição permanente da integridade física (por exemplo, a capacidade de procriar), mas, apesar disso, ela é necessária cada vez que se verificar a exigência de completar, também de um ponto de vista genital, uma transformação psicológica e, por vezes, também social que já se verificou²¹. Nessa perspectiva, a mudança de sexo se justifica não como decisão arbitrária, mas como escolha orientada a tutelar a saúde psicofísica do indivíduo. No Brasil esse entendimento encontra guarida na Resolução n. 1.955 de 2010 do Conselho Federal de Medicina que passou a permitir a intervenção cirúrgica independentemente de autorização judicial. No mesmo sentido coloca-se o Enunciado n. 276 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.²²

Mas o que dizer do caso australiano, veiculado na Internet, de uma pessoa, Norrie May-Welby, nascida homem, mas que aos 28 anos mudou de sexo. Todavia, mesmo com tal mudança, Norrie não conseguia se realizar como pessoa. Submetido a diversos exames

¹⁷ Cf. COSIMO M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, 2005, p. 777 e ss.

¹⁸ Cf. GILDA FERRANDO, *Diritto e scienze della vita. Cellule e tessuti nelle recenti direttive europee*, 2005, p. 1157 e ss.

¹⁹ PIETRO PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 729.

²⁰ PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, p. 106.

²¹ PIETRO PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 767; STEFANO RODOTÀ, *Transformações do corpo*, cit., p. 91 e ss.

²² Enunciado n. 276 do CJF: "O artigo 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil".

médicos, resultou impossível determinar exatamente o seu sexo e, assim, aos 48 anos foi declarado, primeira vez no mundo, como pessoa de sexo neutro. O Cartório de Registros, todavia, voltou atrás na sua decisão e anulou a certidão de nascimento com a indicação de “sexo não especificado”, sob a alegação da impossibilidade jurídica em admitir a neutralidade do sexo. Norrie apresentou recurso à Comissão de direitos humanos.

Isso sem falar no caso da americana que se submeteu à cirurgia para mudança de sexo mas manteve os órgãos reprodutores femininos em razão da esterilidade da sua companheira. Segundo notícias veiculadas ele já deu à luz a 2 filhos.

Esse último exemplo demonstra que o consentimento, sozinho, não é suficiente para justificar a mudança de sexo; isso porque o ordenamento italiano, mas também o brasileiro, não prevê um direito de escolha do sexo. Será sempre preciso verificar a necessidade e a oportunidade da intervenção em relação à situação concreta²³. Assim, a menos que não se queira retornar a identificar a vontade como um valor em si, o simples consentimento não é suficiente para tornar lícito algo que é objetivamente ilícito.²⁴ O exemplo dos chamados “amputados por escolha” é emblemático neste sentido.²⁵

5. Ao enfrentar o tema objeto de nossas reflexões, de fato, é importante não acentuar excessivamente o perfil da liberdade para evitar de identificar a escolha personalista operada pelo Constituinte com posturas libertárias, negligenciando a necessária observação de que personalismo não significa retorno ao dogma da vontade individual; personalismo e solidarismo constitucional, de fato, representam um todo e, como tal, constituem aspectos complementares de um valor unitário. Nesse contexto, mostra-se muito interessante e atual a proposta de uma doutrina²⁶ de salvaguardar certos âmbitos de escolha do indivíduo de interferência de terceiros e da sociedade. Isso não significa, todavia, ausência de normas já que, especifica-se, nos espaços de liberdade que o direito, retirando-se, torna possível, a regra deve ser novamente chamada a governar concretamente a autonomia dos indivíduos, mediante formas leves de regulamentação.

6. Desse modo, uma vez reconduzida a problemática à sua justa sede, ou seja, aos princípios expressos na Carta constitucional, é necessário questionar-se se a vontade manifestada pelo sujeito pode se encaixar em um conjunto mais amplo de interesses, como aquele negocial.

A doutrina italiana prevalecente sustenta a impossibilidade de identificar o corpo humano como objeto de um negócio jurídico porque considera a integridade física como um bem indisponível. Dessa premissa, derivaria indistintamente a nulidade da previsão negocial por contrariedade da causa a normas imperativas, à ordem pública e ao bom costume.²⁷ Aliás, a esse propósito, não falta quem²⁸ afirme a ilicitude da

²³ PAOLA D’ADDINO SERRAVALLE, *Mutamento volontario di sesso e azione di rettificazione*, p. 220 s.

²⁴ PIETRO PERLINGERI, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. cit., p. 766 e ss., para quem autonomia não significa arbítrio; *Id.*, *Perfis do Direito Civil. Uma introdução ao direito civil constitucional*, tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 299.

²⁵ É a situação indicada com a sigla BIID (*Body integrity identità disorders*). Cf. a esse respeito, STEFANO RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano: Feltrinelli, 2006, p. 88 e ss.; e, no Brasil, CARLOS NELSON KONDER, O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e wannabes, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, julho-setembro, 2003, p. 41-71.

²⁶ STEFANO RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., *passim*.

²⁷ Cf. CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, vol. 1, p. 164.

²⁸ Assim, MASSIMO PARADISO, La sterilizzazione umana tra problemi giuridici e presupposti antropologici, in *Rivista di diritto civile*, 1992, v. I, p. 508 e ss., que coloca no mesmo plano, ainda que sem referência explícita ao problema, os wannabes e a esterilização voluntária.

esterilização voluntária na medida em que ela provocaria “de maneira cruenta e definitiva” uma gravíssima lesão.

A esse enfoque é necessário fazer algumas críticas.

Parece correto afirmar que essa tese confunda dois planos que, ao contrário, devem ser mantidos necessariamente distintos; é útil reafirmar, de fato, que o conceito de integridade física deve ser diferenciado daquele, mais amplo, de saúde. A esfera corpórea do homem, na realidade, não constitui um valor em si, mas pode ser considerada campo de incidência de múltiplos valores²⁹. Isso significa que os atos de disposição do corpo podem ser funcionais tanto à conservação da integridade física quanto à realização de outros valores da pessoa que, em um ponderado balanceamento dos interesses, poderiam resultar mais dignos de tutela. Ao contrário, a faculdade de dispor da própria integridade física poderia se revelar funcional à realização do são e livre desenvolvimento da pessoa. Uma hipótese extrema poderia ser identificada na chamada recusa de tratamento, isto é, na escolha da pessoa de rejeitar um tratamento sanitário porque tido como lesivo da própria dignidade, ainda que essa escolha possa sucessivamente conduzir à morte. Poderia dar-se, por exemplo, que um doente terminal ao invés de tentar continuamente novos tratamentos, por vezes até mesmo experimentais (dos quais, portanto, não se podem conhecer exatamente todos os riscos e benefícios), decida de transcorrer os últimos meses da sua vida entre os afetos dos entes queridos. Essa escolha, apesar de lesiva da integridade física, poderia ser considerada a que mais concretize a tutela da pessoa e da sua dignidade.

Alguns exemplos poderão esclarecer melhor. A casuística sobre o tema é riquíssima, mas é oportuno verificar somente algumas questões.

O primeiro caso diz respeito à história de um rapaz americano³⁰, o qual, queimado gravemente por um ácido, tinha sido submetido a tratamentos dolorosíssimos apesar de ter sempre insistido que o deixassem morrer. Os tratamentos nesse caso continuaram com base no pressuposto de que a dor lhe teria feito perder a capacidade de decidir. Bem, depois de muitos anos dessa vicissitude, aquele homem, que se tornara um advogado famoso, rico e influente, não tinha mudado de ideia: sustentava ainda que aqueles tratamentos dolorosíssimos constituíam uma ofensa à própria dignidade. Não só. Ele também afirmou que as sequelas do tratamento tinham tornado insuficiente a qualidade da sua vida. Por isso, podendo voltar atrás ele teria pedido a mesma coisa: deixem-me morrer! Esse foi um dos casos em que foi invocado o argumento do consentimento viciado por motivos emocionais. Segundo o médico e os familiares, o rapaz estava condicionado pela dor. Um erro, como pode-se deduzir da sua postura sucessiva.

O segundo caso diz respeito a uma história italiana, aquela de Piergiorgio Welby³¹, acometido há muitos anos de um gravíssimo estado morboso degenerativo que lhe impedia qualquer movimento, com exceção dos músculos oculares e labiais (síndrome do encarceramento). Apesar disso, ele continuava na posse de todas as faculdades mentais e era, portanto, consciente do seu estado clínico e da impossibilidade de sarar. Por esse motivo pedia e pediu com persistência em todas as sedes institucionais, políticas e judiciárias, a cessação do tratamento salva-vida ao qual era submetido e o fornecimento de sedativos que lhe permitissem suportar a dor. Welby faleceu em Roma no dia 20 de dezembro de 2006, exercendo suas próprias razões, com o auxílio da intervenção de um anestesista.

²⁹ COSIMO M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo*, cit., *passim*.

³⁰ Citado por DIANA VINCENTI AMATO, *Il silenzio della legge e il testamento di vita*, in *Testamento biologico*, a cura della Fondazione Umberto Veronesi, 2006, p. 177.

³¹ Sobre esse ponto cf. MARCO AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2007, p. 313.

O terceiro caso, também italiano, diz respeito à Maria (nome de fantasia), uma mulher acometida de diabetes tratado de forma leviana que lhe tinha causado gangrena em uma perna. A única solução possível era a amputação que, porém, Maria tinha recusado porque era contrária ao próprio credo religioso. O debate foi muito acirrado, envolvendo também instituições como a Ordem dos Médicos, o Prefeito de Milão (cidade onde Maria estava internada) e o Ministro da Saúde. À Sra. Maria, porém, foi permitido deixar o hospital, sob sua responsabilidade. Posteriormente ela faleceu.

Parte da doutrina evidenciou a desigualdade de tratamento existente nesses casos³². Afirmou-se, de fato, que se um sujeito fosse internado por uma doença grave que todavia não lhe impedisse o movimento e depois decidisse abandonar o hospital, autodeterminando-se na maneira para ele mais conveniente, ninguém lhe poderia impedir de realizar a sua escolha. A mesma coisa, ao contrário, não seria possível afirmar para quem, apesar de estar na posse das próprias faculdades mentais, não pode materialmente atuar essa vontade de forma autônoma. Um evidente caso de discriminação.

Essas situações levaram uma doutrina³³ a postular, ainda que em referência ao sistema americano, um paradoxo: aquele da igualdade diante da morte. Afirmou-se que se uma pessoa conseguisse sobreviver com as próprias forças, isto é, sem auxílio de meios mecânicos, em um contexto que rejeite a eutanásia e, portanto, o suicídio assistido, se encontraria em uma situação de menor liberdade em relação a quem, sobrevivendo com o auxílio de meios mecânicos, tem a possibilidade de rejeitar os tratamentos e de morrer.³⁴

Creio seja lícito a esse ponto questionar se nos ordenamentos italiano e brasileiro seja explicitamente previsto um “dever de viver”. Na realidade a previsão não resulta em lugar algum³⁵. No mesmo sentido, o “risco de morte” não pode ser visto como um limite negativo ao critério da voluntariedade do tratamento sanitário. Não existe na Itália nenhuma lei que preveja um tratamento sanitário obrigatório no caso em que a recusa ao tratamento implique uma renúncia à vida.

Nesse contexto, um dos aspectos mais problemáticos concernente ao consentimento informado diz respeito à recusa aos tratamentos por razões morais ou religiosas. É conhecida a questão das Testemunhas de Jeová que por motivos religiosos recusam tratamentos que impliquem transfusão de sangue. Aqui também se verifica uma disparidade de tratamento porque se a pessoa for maior de idade, consciente, capaz de efetuar as próprias escolhas e informada sobre as consequências da falta de tratamento, a sua eventual recusa deve ser respeitada. O direito à saúde, nesse caso, se torna direito de não se tratar e as escolhas religiosas prevalecem sobre a integridade física. Se, ao contrário, a Testemunha de Jeová chega ao hospital inconsciente, a jurisprudência evidenciou que o comportamento salva-vida do médico é justificado pelas condições de necessidade e urgência ou por ter cumprido com o próprio dever profissional³⁶. A *Corte di Cassazione*, apesar de reconhecer o papel fundamental da autodeterminação

³² MARCO AZZALINI, *o.l.c.*

³³ STEFANO RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 254, que invoca também o art. 3º da Constituição italiana que proíbe qualquer discriminação baseada na “condição pessoal”: “La condizione del morente deve essere presa in considerazione nella sua interezza e complessità, senza che al suo interno siano ammissibili distinzioni che alterino l’eguaglianza di ciascuno di fronte alla morte. La dimensione costituzionale si congiunge con la dimensione esistenziale, e la sostiene”.

³⁴ STEFANO RODOTÀ, *o.l.u.c.* No mesmo sentido, GIOVANNI MARIA FLICK, *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure...?*, in *Le decisioni di fine vita* (a cura di Mirzia Bianca), Milano: Giuffrè, 2011, p. 14, que de toda sorte evidencia a profunda diferença entre suspender, a pedido da pessoa, formulado conscientemente, o fornecimento de uma terapia necessária para a sua sobrevivência e o fornecimento a essa mesma pessoa, sempre a seu pedido, de uma substância que provoque a sua morte.

³⁵ Sobre o assunto, cf. GIOVANNI MARIA FLICK, *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure...?*, cit., p. 5 e ss.; No entender da *Corte di Cassazione*, a Constituição italiana não contempla um princípio absoluto de indisponibilidade da vida.

³⁶ *Corte di Cassazione*, 21 de fevereiro de 2007, n. 4.211.

terapêutica, reconheceu como lícito o comportamento do médico que realizou uma transfusão em uma Testemunha de Jeová que chegou no hospital inconsciente, mas com um cartaz no corpo escrito “não sangue”. A Suprema Corte não reconheceu como unívoca e atual essa tipologia de não consentimento ao tratamento.

Tal orientação não pode ser compartilhada porque se o direito à vida é certamente um direito inviolável, também o é a liberdade pessoal (art. 2º e 13 da Constituição italiana). Assim, um eventual conflito entre esses dois bens somente poderá ser resolvido com ponderação e o critério então não poderá ser outro que o da dignidade da pessoa humana.

Faz-se necessário, então, reipristinar a igualdade diante da morte. Uma solução ao problema poderia ser oferecida pelo chamado testamento biológico, o qual garantiria o respeito da vontade do sujeito também quando este não estivesse em condições de comunicá-la. A Itália, porém, ainda não dispõe de uma lei que reconheça valor jurídico a esse documento apesar de vários setores da sociedade evidenciarem a necessidade de uma solução nesse sentido. Destaca-se, de fato, a evidente disparidade que se cria reconhecendo valor à vontade manifestada no momento em que se apresenta a exigência de dar o consentimento ou recusar um tratamento sanitário, mas não àquela manifestada em precedência pelo mesmo sujeito para a eventualidade de uma impossibilidade futura. Encontra-se atualmente em tramitação um projeto de lei sobre as “*Diretrizes antecipadas de tratamento*” já aprovado pelo Senado, mas muito criticado por boa parte da doutrina e da sociedade.³⁷

Relevante nesse ponto mostra-se a opinião expressa em 2007 pela *Corte di Cassazione* no caso Eluana Englaro. Eluana entrou em coma irreversível em 1992 e a partir daí começou a batalha legal de seu pai para interromper o tratamento artificial que conservava suas funções vitais e que terminou somente após a decisão da Suprema Corte.³⁸

A *Cassazione* sustentou de fato que também para os indivíduos incapacitados deve prevalecer o princípio personalístico que baseia o consentimento informado. Portanto, com total igualdade de tratamento com os outros indivíduos e prescindindo de suas condições, a eles deve ser reconhecido o poder de autodeterminar-se em matéria de saúde. Por conseguinte, em relação aos sujeitos que se encontram em estado vegetativo permanente, alimentados e hidratados artificialmente, o juiz pode autorizar a desativação dos instrumentos. A Corte, a tal fim, indica a necessidade de 2 pressupostos: i) a condição clínica do paciente ser irreversível e não existirem fundamentos científicos que deixem supor uma possível recuperação da consciência; ii) a recusa do tratamento exprimir realmente a opinião do paciente deduzida de suas declarações precedentes, do seu estilo de vida e de suas firmes convicções sobre a dignidade da pessoa. Os elementos de prova devem ser unívocos e convincentes. Um exemplo de aplicação direta do princípio da dignidade humana.

A questão permanece ainda e de toda sorte aberta na medida em que a matéria reveste-se de aspectos não somente jurídicos, mas também éticos e sobretudo religiosos. A orientação constante e favorável da *Corte Costituzionale* é no sentido de que o direito à recusa de tratamentos terapêuticos representa um direito inviolável da pessoa, imediatamente aplicável e eficaz, que se coloca no mesmo plano do direito à vida. Os juízes constitucionais esclareceram também a escala de prioridades para a harmonização desse direito constitucional com outros direitos, como o direito à vida, em relação ao qual não há e nem deve haver uma posição de subordinação. Ao

³⁷ Também no Brasil encontra-se em tramitação o Projeto de Lei 6.715/09 que trata da ortotanásia que, como se sabe, é a possibilidade de interromper o emprego de recursos da medicina com o objetivo de deixar o enfermo morrer naturalmente. O projeto já foi aprovado pelo Senado Federal e recebeu parecer favorável na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara.

³⁸ *Corte di Cassazione civile*, sez. I, 16 de outubro de 2007, n. 21748, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2008, p. 129 e ss.

contrário, o direito à recusa de tratamento concorre para a construção da matriz principal de qualquer outro direito da pessoa, seja nas relações verticais entre o Estado e o particular, seja entre particulares, mormente nas relações entre o paciente e o médico que, como regra geral, deverá ater-se à vontade do doente.

O debate sobre esse tema já acirrado tenderá a complicar-se no futuro próximo em razão da posição assumida pela União Europeia. O Conselho da Europa adotou, em janeiro deste ano, uma resolução sobre o testamento biológico, recomendando aos Estados uma legislação que regulamente as declarações antecipadas de tratamento, mas fechando a porta a qualquer possibilidade de adotar “ações ou omissões que permitam provocar a morte de uma pessoa”. Claramente um “não” à eutanásia. Desse modo, um contraste com a orientação da *Corte Costituzionale* poderá surgir em relação à afirmação de Estrasburgo no sentido de que “em caso de dúvida a decisão deve ser sempre no sentido de preservar e prolongar a vida”. A solução escolhida pelo Conselho da Europa certamente provocará uma discussão, já que pode concretamente colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio agora fundante também da União Europeia. O exemplo do caso do rapaz americano que se queimou com ácido citado no início e o da Eluana Englaro são emblemáticos nesse ponto.

Ainda em relação aos atos com o corpo como objeto, devemos dizer que se encaixam nessa tipologia também os negócios sobre porções destacadas dele. Bem, a esse propósito, a doutrina normalmente exprime um juízo de total licitude. Afirma-se, de fato, que esses negócios, justamente porque têm como objeto partes já destacadas do corpo humano, não seriam nulos; o seu objeto, uma vez que se destacou do corpo humano, entraria na propriedade do sujeito de cujo organismo provém. O indivíduo, portanto, teria plena e absoluta faculdade de fruir e de dispor da parte do próprio corpo como de qualquer outra coisa. Ou melhor, se a parte destacada fosse abandonada, ou, de toda sorte, destinada ao abandono, poderia constituir objeto de legítima apropriação por parte de alguém que dela poderia extrair alguma utilidade. Podemos citar a título de exemplo os casos Tyson³⁹, Moore⁴⁰ e Philips.⁴¹

Esse enfoque não pode ser absolutamente compartilhado.

Em primeiro lugar porque pensar de poder falar do corpo humano como se fosse de uma coisa e estender a ele o esquema clássico do direito de propriedade não parece uma escolha conforme a atual ordem de valores expressa pela Carta Constitucional. A pessoa (e o seu corpo não pode ser considerado estranho a ela) é valor que embasa o ordenamento italiano e brasileiro e não uma simples coisa de que pode fruir e dispor como melhor se crê. As situações existenciais são, como qualquer situação subjetiva,

³⁹ Mike Tyson em uma luta de boxe, com uma mordida arrancou um pedaço da orelha do adversário. Os médicos que socorreram o lutador optaram por uma reconstrução plástica e por isso não utilizaram o pedaço da orelha, que, assim, foi entregue a um segurança para que jogasse no lixo. O segurança, todavia, resolveu tirar proveito da situação e vendeu a orelha a um colecionador por 18.000 dólares.

⁴⁰ O caso Moore é muito conhecido. Um paciente, Sr. John Moore, submeteu-se a um longo tratamento e a intermináveis procedimentos para a retirada de seu baço. Com seu consentimento, numerosas amostras de sangue e de outros tecidos do seu corpo foram retirados. Todavia, o Sr. Moore desconhecia que todas essas intervenções destinavam-se não somente à sua cura, mas também a uma pesquisa que levou ao patenteamento, pelos médicos, de uma linhagem celular com finalidade comercial. A Suprema Corte de Justiça da Califórnia, questionada pelo Sr. Moore que alegava o seu direito à participação nos lucros auferidos pela universidade, deu ganho de causa à Universidade da Califórnia, sob o argumento que um paciente não tem direito de propriedade sobre as suas células, que foram retiradas em uma cirurgia, por considerá-las material biológico descartado. Foi-lhe reconhecido somente a possibilidade de pleitear indenização pela ausência de informação adequada.

⁴¹ A médica Sharon Irons engravidou após coetar, durante sexo oral, o sêmen do seu namorado, também médico, Richard O. Phillips. A Corte de Apelação do Illinois não reconheceu ao Dr. Phillips direito algum sobre a decisão em relação à concepção e ao nascimento do filho, com a argumentação, proposta pela ré, de que teria acontecido uma espécie de doação do material genético, acarretando “transferência absoluta e irrevogável do título de propriedade entre doador e doadora”. No entender da corte, mesmo que houvesse um suposto “depósito”, as partes não teriam acordado quanto à necessidade de devolução do bem mediante solicitação.

situações complexas. Significa que não se exprimem somente em termos de direitos (e ainda menos de acordo com uma lógica proprietária), mas também em termos de deveres. Se é verdade que a pessoa representa o valor fundamental do ordenamento constitucional, é também verdade que ela não se exprime como um desejo de se realizar libertariamente, mas sim, como valor que deve se preservar também no respeito de si mesma.⁴²

Em segundo lugar porque esta abordagem demonstra quanto ainda é forte a tentação de reconhecer como intrínseco ao conceito de direito subjetivo um poder ilimitado que inclui, na hipótese extrema, também a licitude da própria dissolução. É ainda a antiga concepção da propriedade, como direito subjetivo por excelência, que leva a crer na licitude da destruição da coisa própria como manifestação extrema da liberdade do proprietário. Essa concepção não pode mais ser considerada verdadeira nem mesmo para as situações patrimoniais as quais, para serem merecedoras de tutela nos ordenamentos brasileiro e italiano, devem necessariamente atender a sua função social. Se assim é, com maior vigor deve-se rejeitar um enfoque que pretenda vincular a uma lógica proprietária, situações que representam aspectos bem mais relevantes, como a tutela da pessoa e da sua dignidade.

Definir, então, abstratamente os elementos do corpo em termos de coisa ou não coisa seria prematuro. Mais importante seria proceder a uma individualização dos problemas e dos interesses em jogo, verificar os possíveis modos de utilizar esses elementos e só então verificar quais regras devem ser aplicadas às partes separadas do corpo. Se as relativas aos direitos reais ou, em uma visão em consonância aos valores do ordenamento, aquelas relativas aos direitos da personalidade.

Parece, portanto, mais convincente e correta uma abordagem relativística também para os contratos com partes do corpo como objeto, distinguindo, para o juízo de licitude e de valor aos quais devem ser necessariamente submetidos, entre atos que ponham em jogo os delicados problemas relativos à tutela da dignidade da pessoa e atos para os quais, apesar de incidirem sobre os mesmos valores, tais problemas não subsistam.

Essa abordagem resulta ser a mais idônea para conjugar a vinculação do compromisso assumido com a natureza personalíssima da prestação objeto dessas tipologias negociais. Nos atos de disposição do corpo, de fato, o consentimento, realizando exigências insuprimíveis como o direito à vida, à saúde, e inspirando-se nos princípios que embasam nosso ordenamento, como o personalismo e o solidarismo, legitima a lesão da integridade física tornando o ato dispositivo da mesma não apenas lícito, mas também merecedor de tutela. O exemplo do uso de microchips subcutâneos pode ser esclarecedor já que se utilizado com finalidade de controle das atividades de operários por parte do empregador será considerado ilícito, enquanto o seu emprego em campo médico para monitoramento de funções vitais da pessoa é evidentemente merecedor de tutela.⁴³

Com esse enfoque não se pretende absolutamente propugnar nem uma perspectiva exasperadamente individualista, nem uma expansão desmedida do esquema patrimonial e contratual em um âmbito em que a patrimonialidade não tem nada a ver. Todavia, creio que se possa afirmar com certeza que negar a natureza negocial desses atos parece quanto menos árdua, em face da eficácia inovadora que estes possuem e o impacto inquietante que os mesmos podem ter no âmbito do ordenamento jurídico.

Isso significa que quando a autonomia colide de maneira forte com o valor da pessoa, o ordenamento não pode ser abstrato, não pode formalmente colocar no mesmo plano a manifestação de liberdade mediante a qual se incide profundamente sobre a identidade do indivíduo, e a liberdade de perseguir o maior lucro possível: à intuitiva diferença

⁴² M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, local: editora, 1990, p. 254.

⁴³ Sobre esse ponto, cf. as interessantes reflexões de STEFANO RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 92.

entre os dois casos corresponde uma diversidade de valoração dentro da hierarquia dos valores postos pela Constituição, onde a presença da pessoa impõe a interpretação de qualquer ato ou atividade dos sujeitos à luz desse princípio fundamental.

Para concluir, é importante frisar que no respeito do caráter laico do Estado assegurado pelas Constituições italiana e brasileira, qualquer intervenção para regulamentar os atos relativos ao corpo deveria ocorrer mediante um direito, como dizer, neutro, mas certamente que não imponha modelos de comportamento tidos como justos de acordo com uma determinada moral, com uma determinada orientação ética, mas que respeite as escolhas e as posições de cada pessoa e que saiba encontrar um justo equilíbrio entre as mesmas. Justa portanto é a afirmação no sentido de que de um ponto de vista jurídico, a dignidade da vida, princípio laico, deve prevalecer sobre a sacralidade da vida, princípio de origem religiosa.⁴⁴

A tutela da pessoa através dos princípios de liberdade pessoal, da dignidade e da autodeterminação dispositiva não significa indiferença axiológica ou um subjetivismo arbitrário. Ao contrário, ela representa um instrumento indispensável para assegurar a efetividade do princípio da dignidade humana.⁴⁵

Como citar: CICCIO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/atos-de-disposicao-do-proprio-corpo/>>. Data de acesso.

⁴⁴ H. HELENA BARBOZA, in Tânia da Silva Pereira, Rachel Aisengart Menezes, Heloísa Helena Barboza (coords.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro: GT Editoria, 2010.

⁴⁵ Nesse sentido cf. STEFANO RODOTÀ, *Il corpo e il post-umano*, cit., p. 830.