

O exercício regular e o abuso de direito na disposição do próprio corpo

Patricia Ribeiro Serra Vieira¹

RESUMO: Este ensaio propõe uma reflexão acerca de questões afeitas aos atos de disposição do próprio corpo, em especial sob o enfoque que vem sendo atribuído à análise de casos, nos quais se elucubram sobre o abuso de direito, como fonte de responsabilidade civil objetiva. No exercício pleno da própria vontade e na busca da felicidade, os *wannabes* se submetem a práticas invasivas e, para um sem-número de pessoas, deformantes. Com isso eles buscam, em primeiro lugar, reconhecer a si mesmos e também conviver em sociedade, sem restrições.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; autonomia da vontade; responsabilidade civil; *wannabes*.

Introdução

Este estudo foi elaborado para atender o honroso convite de Mario Delgado—colega, professor doutor, vice-presidente científico da nossa Academia Brasileira de Direito Civil e diretor de Assunto Legislativo do Instituto dos Advogados de São Paulo— e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro – doutor e presidente deste mesmo Instituto—para o V Meeting dos Profissionais de Direito Privado, realizado em cooperação técnica com o IASP, que notabilizo na pessoa do nosso presidente científico, o meu sempre professor doutor Ricardo-Cesar Pereira Lira.

Alinhada a meu objeto de pesquisa desenvolvido há quase três décadas, sobre o fenômeno da constitucionalização da responsabilidade civil, entendi por bem, para que não desviada do meu foco de interesse, analisar a temática do exercício regular de direito – e, do seu contraponto, o

¹**PATRICIA RIBEIRO SERRA VIEIRA** é professora associada da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), onde integra também o Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas. É ainda desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ; doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; membro honorária do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB); e fundadora da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Na elaboração deste estudo registro as especiais contribuições de **Fernanda Brumana**, aluna do oitavo período do curso de Direito da UNIRIO e monitora da disciplina que ministrou, na ocasião da coleta de material, e do advogado carioca **Leonardo Landi**, pós-graduado pela EMERJ, na pesquisa de casos e notícias relativos ao tema.

abuso– na disposição do próprio corpo, a partir do sistema dual de responsabilidade civil, para que refletidos os seus ocasionais limites.

A própria ABDC já estabeleceu dois entendimentos, quando do tratado abuso de direito como fonte de responsabilização civil, tal como apresentado na lei, **admitindo ser categoria autônoma de antijuridicidade** (conforme declaração de interpretação nº3), **porque geradora de obrigação de indenizar**; e, ao mesmo tempo, que **o conceito de ato abusivo se aplica tanto aos direitos subjetivos como às prerrogativas, liberdades, faculdades, funções ou poderes** (declaração de interpretação nº 5).

As referidas declarações interpretativas já assentadas no conjunto de outras proferidas nos encontros anuais de acadêmicos têm como *pedra de toque* o aspecto relevante de que o abuso de direito não trata em si de ato exclusivamente ilícito. Dele, afinal, também pode decorrer a própria nulidade do ato, e não apenas a obrigação de indenizar.

O tema é tão vasto que se pode abordá-lo à luz de todas as escolhas da pessoa humana, como exercício de direito seu e, no que diga respeito às práticas de disposição do próprio corpo, sob diversas delas, tais como: o canibalismo; a cirurgia de transgenitalização, na pretensão de que a identidade orgânica/sexual seja condizente com a identidade de gênero; o suicídio assistido ou dito consentido; e as modificações corporais, concebidas como automutilações, ou não, sem prejuízo de tantas outras.

Nesse sentido, revelam-se como objeto primeiro de ponderação os aspectos da liberdade individual frente à proteção da pessoa humana (por vezes, devendo ser protegida até de si mesma).

Ser livre, portanto, impõe desafio imensurável, porque a liberdade é matéria que se mostra submetida a inúmeras interpretações e/ou ponderações. Concomitantemente, ela se revela um atributo que reflete como toda e qualquer pessoa se autodetermina, com relação a si e a terceiros.

Na teoria romana, a liberdade se traduz como a faculdade natural de cada um fazer o que mais deseja, se a violência e o Direito permitirem.² Nesse diapasão, a professora Maria de Fátima Freire de Sá, em sua dissertação de mestrado defendida na PUC/MG, com o título *Biodireito e o Direito ao próprio corpo* [diga-se, desde logo, em análise apenas a Lei de Doação de Órgãos, nº 9.434/1997], alerta que:

² DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Vol. III, 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 84.

estamos diante de uma encruzilhada, nascida do conflito de interesses na dimensão individual (ou de interesses em conflito, prefira-se): o corpo humano é um só e há de satisfazer a uma de duas necessidades: a liberdade individual, egoísta ou altruísta, que consulta ao jusnaturalismo; ou a liberdade social, coletiva, atrativa ou repulsiva, que vem do positivismo.

E continua:

Os dois valores filosóficos entrevistados, vontade e interesse, unem-se na essência do direito. Há, pois, dicotomia na unidade, o que leva à revisão do conceito de direito subjetivo, em que necessário pôr em xeque o vínculo entre o(s) sujeito (s) e o objeto.³

Com o significativo avanço de estudos no campo da bioética, vê-se uma incontestável preocupação das comunidades médica e jurídica acerca dos limites e das possibilidades reais do exercício da autonomia da vontade em face das práticas de modificação corporal. Considera-se aqui, inclusive, o limite da intervenção estatal nesta seara, na garantia da proteção da dignidade da pessoa humana.⁴

Daí a legitimidade da indagação: a prática da modificação corporal constitui abuso ou exercício regular de direito? É legítima a limitação de tal ato, entendido como exercício livre e desembaraçado de vontade?

I. A dignidade humana como postulado de autodeterminação da pessoa humana

³ SÁ, Maria de Fátima de. *Biodireito e Direito ao próprio corpo*. Doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/1997, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.211/2001. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp.8-9.

⁴ Em 9/9/2017, no caderno “Opinião”, do jornal *O Globo*, a médica geriatra Claudia Burlà e a juíza de direito do Tribunal de Justiça do meu Estado (Rio de Janeiro), Maria Aglaé Tedesco, em matéria conjunta, chamam atenção para aspecto relevante insito à Resolução nº1.995/2012 do CFM, ao dispor das *Diretivas Antecipadas de Vontade*, na determinação de que: “o médico considere a vontade do paciente ou a manifestação do seu representante legal”. Isso porque “a Bioética tem como princípio o respeito à autonomia para a vida com qualidade. A dificuldade fica maior quando o consentimento ou recusa informada não podem ser dados por incapacidade. O testamento vital (*living will*) é um documento no qual a pessoa determina, previamente, tratamentos que deseja ou não receber, ou a suspensão de intervenções de manutenção da vida, quando impossível a recuperação, podendo nomear um procurador de saúde para representá-la”.

Apresento a seguir parâmetros que permitem debater, e/ou melhor apreciar, o fenômeno do *bodymodification*.⁵ Isto se faz necessário pois, por vezes, no livre exercício de vontade e autodeterminação, a própria pessoa pode se mutilar e envolver terceiros, em práticas consideradas lesivas e repudiadas pelo Direito, em especial quando se vale de intervenções cirúrgicas.⁶

Como civilista, minha preocupação maior é inegavelmente a pessoa humana, que ela se realize e se desenvolva em sua plenitude. Nesse diapasão, ganham notoriedade o exercício dos direitos da personalidade e os negócios jurídicos, como reflexos da manifestação da vontade. O direito ao corpo, em especial, se revela como direito de personalidade, no poder de autodeterminação da pessoa com relação ao seu próprio corpo, legitimando inclusive as limitações quanto a intervenções de terceiros, mesmo que em seu benefício.⁷ O corpo

⁵ Tal fenômeno implica em toda e qualquer modificação feita no corpo, irreversível ou não, sem indicação médica. Comumente, é realizada por motivos estéticos, culturais ou espirituais e se traduz em manifestação artística (muitos dos que dela se valem acham que é uma maneira de torná-los mais exóticos, bonitos e com estilo próprio). O americano Erik Spraque, o *homem-lagarto*, possui chifres, língua partida (bífida) e dentes lixados. Apenas seus olhos são inalterados, na cor verde. Além de, no ano de 2012, já dispor 70% do corpo tatuado – na pretensão de tê-lo totalmente coberto por tatuagem, à semelhança do réptil –, apresenta uma tatuagem no peito com o escrito “freak” (aberração). Erik fez cinco implantes, muito dolorosos, de bolas de teflon sobre os supercílios, para simular as saliências que são da essência dos lagartos naquela parte do corpo. Diz não ter feito nenhuma transformação corporal motivado por dinheiro, apesar de viver de espetáculos em que manipula instrumentos cortantes (é artista), mas apenas para ser feliz e visto como símbolo de poder (nos primórdios, considera, os répteis simbolizavam *poder*). Acessado em: <http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2012/10/homem-lagarto-diz-nao-se-arrepender-de-transformacoes.html>. Data do acesso: 30/8/2017.

Há também a *mulher-gata* norueguesa, que se qualifica como um *transgênero animal (transespécie)*, na defesa de que é uma gata presa em um corpo humano, por apresentar, segundo ela, um “defeito genético”. Para tanto, sustenta temer cachorros, ter tentado caçar ratos e possuir sentidos aguçados (audição e visão) como os felinos. Aceita pela família, em casa anda de quatro, ronronando e miando.

Em França, noticia-se a transgênero Karen, que nasceu homem, submeteu-se a operações de mudança de sexo e agora vive como um animal, especificamente um cavalo. Acessado em: <https://noticias.gospelprime.com.br/mulher-gata-presa-corpo-humano/>. Data do acesso: 30/9/2017.

⁶ Destacam-se sete tipos de transformações corporais: 1. *Branding* (consiste na aplicação de uma chapa de aço aquecida por um maçarico na pele da pessoa, para que se forme uma cicatriz na forma do desenho escolhido por quem se submete à transformação); 2. *Escarificação* (implica em cortes de bisturis, para que formada uma cicatriz de acordo também com o desenho desejado pela pessoa); 3. *Bifurcação da língua, ou tonguesplitting* (procedimento cirúrgico no qual a ponta da língua é dividida em duas partes); 4. *Pocket* (se apresenta como um *piercing*, mas tem como diferença uma haste que fica para fora, com as pontas para dentro da pele; é feita, na maioria dos casos, no braço, na nuca, no tórax e no umbigo); 5. *Implantes* subcutâneos (objetos de silicone, aço etc., são implantados sob a pele para formar um alto-relevo); 6. *Surface* (consiste na implantação de um objeto como se fosse uma “trave ao contrário”, cujas pontas ficam para fora da pele e a haste fica dentro dela); e, por fim, a sétima modalidade, denominada *implante transdermal* (implante de aço cirúrgico, ou bolinhas, entre a gordura da pele e o músculo, no qual metade do objeto fica exposto e metade fica dentro da pele).

⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos de personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

individualiza a pessoa, identifica-a no meio social, permitindo a sua distinção de outras. Logo, ele possibilita a atuação do titular sobre sua estrutura corpórea, alterando suas formas.

O artigo 13 do Código Civil brasileiro (CCB), também objeto deste estudo, se apresenta como limitador do direito à disposição ao próprio corpo, na utilização de critério objetivo-finalístico, qual seja, os bons costumes. Também, da sua dicção, faz considerar que, pelo sistema de responsabilização civil, quando uma pessoa age nos limites razoáveis de seu direito subjetivo ou potestativo, por certo não comete qualquer ato ilícito; por conseguinte, não se submetendo àquele sistema. De outro viés, quem se utiliza, mesmo de direito seu, de forma irregular ou irrazoável, age em desconformidade com a lei.

Uma das questões apresentadas diz respeito ao consentimento do lesado com a potencialidade de se impor como escusativa de responsabilidade civil. Nesse diapasão, o Código Civil português (artigo 340) admite que, se consentida a lesão pela vítima, não há de se cogitar acerca de ilicitude, desde que a conduta invasiva ao corpo da pessoa não viole norma de ordem pública ou os bons costumes. A partir disso, o professor Marco Aurélio Bezerra de Melo, também membro fundador da nossa ABDC, em obra editada, no ano 2015, sobre responsabilidade civil, indica os pressupostos configuradores da causa de exclusão de ilicitude, destacando: (i) o consentimento prévio, expresso ou tácito, do lesado; (ii) a sua capacidade plena; (iii) a ausência de vícios de consentimento, como erro, dolo ou coação; e, (iv) a disponibilidade do direito.⁸

A temática em exame reflete o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil no Brasil, porque imposto o trato de toda e qualquer relação jurídica de direito privado, pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, assim se dará na perseguição de eventual prática abusiva.

Para fazer jus ao pleno gozo de seus direitos, no entanto, o indivíduo deve preencher alguns requisitos estabelecidos em lei, levados em consideração o discernimento e a higidez mental, quando da prática de atos afeitos à vida civil.

⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Responsabilidade civil*. Vol. IV. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39. O doutrinador, além de proceder à sinalização daqueles elementos que reputa imprescindíveis à exclusão de responsabilidade civil, recomenda que se faça uma *análise concreta acerca dos limites de disponibilidade dos aspectos da personalidade*. Em que pese o teor do artigo 11 do Código Civil, equivocadamente, denotar que os direitos de personalidade são irrenunciáveis, há o reconhecimento pela doutrina que tais direitos são apenas relativamente irrenunciáveis, sendo difícil estabelecer, em cada caso concreto, tais limites. Para tanto, basta assistirmos a uma luta de artes marciais mistas (MMA). Na I Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal (STJ) foi aprovado o Enunciado nº 4 dispondo corretamente que o “exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. (p. 38).

Sendo assim, a motivação para privar a pessoa do pleno gozo de seus direitos, sejam eles sobre o que for, encontra respaldo na premissa de que o homem é um fim em si mesmo. E, caso algum de seus atos venha a arriscar a integridade dessa condição, deverá, em decorrência, ser inibido pelo ordenamento jurídico. Toda e qualquer pessoa é considerada um ser único, autônomo e merecedor da proteção estatal.

Os direitos da personalidade, segundo Leonardo Estevam de Assis Zanini,⁹ representam “o mínimo existencial ao pleno desenvolvimento da personalidade de todos os seres humanos”. Nesse sentido, na IV Jornada de Direito Civil, ao analisar o já mencionado artigo 11 do Código Civil, enunciou-se que:

os direitos de personalidade regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no artigo 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, aplica-se a técnica da ponderação. (Enunciado nº 274)

A Constituição da República Federativa Brasileira, em seu artigo 5º, *caput*, institucionaliza o direito à liberdade individual como um dos direitos fundamentais, para que observado, quando do trato de toda e qualquer relação jurídica, o desenvolvimento livre e desimpedido da personalidade do indivíduo, desde que, ao fazê-lo, não restrinja as liberdades alheias; sendo certo, como se observa, que o princípio constitucional em referência se submete a outro princípio constitucional, o da igualdade (a implicar no respeito mútuo entre as pessoas), para que a dignidade se oponha *erga omnes*. E ainda se agrega a esse entendimento que a melhor doutrina defende, isto é, que tal axioma é o que deve ser ponderado, no caso concreto, para que se verifique se excedida a regularidade no exercício de direito próprio.

Quanto a esse ponto, indico que o nosso Código Civil, em nenhuma de suas passagens, encerra o debate sobre os atos de disposição do próprio corpo, à medida que não elenca, taxativamente, proibições a certas condutas ou práticas, até mesmo de algumas tantas consideradas antissociais.

⁹ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.94.

O corpo, como um dos direitos da personalidade (artigos 13 e 14 do CCB), deve estar assegurado sob pena de se ferir a própria dignidade da pessoa humana. A professora Heloísa Helena Barboza¹⁰ explicita que:

o corpo juridificado, politizado, medicalizado, torna-se cada vez mais expressão da individualidade, em todas as suas manifestações culturais, religiosas, políticas, sentimentais, enfim, de uma diversidade de aspectos que, em seu conjunto, constroem a identidade de cada ser humano.

Nessa lógica, a proteção da integridade física do indivíduo mira a proteção à própria vida humana, tida como bem fundamental. Anna Candida Cunha de Ferraz afirma que:

o princípio da dignidade da pessoa humana imprime unidade ao “sistema” de direitos fundamentais abrangidos pela Constituição de 1988, preordenando, também, a compreensão, interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais “consagradoras, limitadoras ou restritivas de direitos”.¹¹

No que atine aos procedimentos médicos, por exemplo, anuncia-se um paradoxo: ao mesmo tempo em que se revela imprescindível a autorização do paciente para intervenções que impliquem risco de morte, a eutanásia é vedada nos casos em que as chances de melhora são remotas. Segundo o artigo 15 do Código Civil, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de morte, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Contudo, a única hipótese em que o médico pode intervir, violando a liberdade e autonomia da vontade do paciente, é quando há perigo iminente de morte.

Ou seja, sob o mesmo fundamento, o princípio da autonomia da vontade pode ser ora aplicado, ora afastado. Com vistas à dignidade da pessoa humana, no que tange à preservação da vida, pode-se aplicar a autonomia da vontade (artigo 15, CCB), ou afastar esse princípio, caso o

¹⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. “Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais”. In: GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 126-147.

¹¹FERRAZ, Anna Candida Cunha de. “Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988”. In:BITTAR, Eduardo C. B. e FERRAZ, Anna Candida da Cunha de (Orgs.).*Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifio, 2006, pp. 131-134.

paciente não esteja observando – ou na compreensão plena –quanto ao perigo de morte iminente.¹²

A citada professora Heloisa Helena Barboza estuda o assunto a partir do alcance da autonomia da vontade, quanto à disposição do próprio corpo e à atuação de outra pessoa sobre um corpo que não lhe pertence. Dissertando sobre o que viria a ser o direito à disposição do próprio corpo, sob o aspecto unilateral, a autora defende o que já foi consolidado pelo ordenamento jurídico pátrio: que a vida é um bem maior, cujas medidas de proteção merecem foco. O ordenamento, por isso, coíbe condutas que venham a comprometer a integridade da pessoa humana e, acima de tudo, seu direito à vida.

O problema, então, estaria nos limites desse direito de dispor sobre o próprio corpo, uma vez que nosso Código Civil se restringe a regular apenas os atos de proteção ao corpo e a vontade de seu titular em protegê-lo. Poderia o ser humano por em risco ou em foco o direito fundamental à vida pautado unicamente no seu direito à liberdade e no poder de autonomia decisiva? Ou existem limites legais para essa disposição do corpo?

Os avanços tecnológicos e os testes realizados em prol do desenvolvimento científico mostram cada vez mais os desafios de se estipular valores éticos que limitem a pessoa a ponto de impedi-la que se “coisifique”. Destarte, outro problema nessa disposição do próprio corpo estaria no que a civilista chama de “visão bilateral da autonomia da vontade”. Em outras palavras, o fato de outro indivíduo atuar, com o próprio consentimento do primeiro sobre o seu corpo, de forma a comprometer seu direito à vida e à integridade física.

Pontes de Miranda¹³ já havia abordado, ainda, um outro aspecto a respeito dos atos de disposição do próprio corpo. Para o sempre referenciado jurista, a comercialização de parte

¹² A bifurcação da língua, um dos tipos por mim posto em destaque como de transformação do corpo, foi objeto de resolução exarada pelo Governo do Paraná, em conjunto com sua secretaria de Estado da Saúde (SESA), em 2007, proibindo estabelecimentos de tatuagem, colocação de *depiercing* e congêneres a executarem tal prática: “6. Das proibições – 6.3. Realizar procedimentos e atividades que exijam habilitação profissional e regulamentada; 6.4. Realizar modificações corporais que caracterizem procedimento cirúrgico (tunelização, bifurcação da língua, implantes, entre outros). Mas quem quer bifurcar a língua encontra um problema: cirurgiões plásticos dificilmente fazem esse tipo de procedimento, porque os riscos são grandes: perda de sangue excessiva; dano nos nervos e glândulas da língua; pode prejudicar a fala e até levar à morte. Por isso, muitos adeptos aderem ao clássico ‘faça você mesmo’, e então, devido à falta de conhecimento, prática, higiene e talvez até de bom senso, os riscos saltam para uma margem estratosférica. Nesses casos, ou a pessoa corta a própria língua com um bisturi ou, se ela tiver um *piercing* na língua, amarra um fio de nylon entre o *piercing* e a ponta da língua, o mais forte que puder, e vai apertando o fio a cada dia que passa e, então, a língua rasga gradativamente – o que causa muita dor e demora muito mais tempo, além de ser muito mais arriscado.” Acessado em: <http://bodymod.xpg.uol.com.br/bifurcacao.html>. Data de acesso: 6/9/2017.

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 50.

regeneráveis do corpo (como unhas, sangue, cabelos e leite materno) seria permitida pelo ordenamento, porque, até então, não haveria lesão à pessoa no que concerne à sua identidade ou personalidade.

Além disso, não há qualquer impedimento legal para tal conduta, ao contrário do que se verificaria quando um terceiro, sem consentimento para intervir, venha ou aceite praticar tais investidas.

Essa flexibilização nos permite concluir que existe a possibilidade de ambos os princípios coexistirem, desde que o ímpeto de dispor de partes do corpo não afete a integridade deste e tampouco comprometa o bem maior que é a vida humana. A esse respeito, aliás, acadêmicos como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴ se posicionaram frente à orientação de que quando se tratar da extração por exigência médica, ela está autorizada, “desde que não implique mutilação, e não haja intuito lucrativo”.

Não menos importante, merece destaque também a já anunciada prática da autolesão. Não há impedimento legal quanto a essa situação jurídica, caso a automutilação reflita em si o seu próprio objetivo. Ou seja, caso não seja legitimada por coação, para percepção de vantagens econômicas, contexto em que se notabilizam, como intervenções regulares, a feitura de tatuagens, *piercings*, implantes mamários, entre outros assemelhados; isso porque, na mesma linha daquele entendimento inicial, o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral (enunciado da I Jornada de Direito Civil, com base no artigo 11 do CCB), reitera-se.

E na hipótese de ocorrer remoção de órgão devido à sua falta de funcionalidade, tendo-se como condição que comprometido o funcionamento de todo o corpo, o médico será autorizado a realizar a retirada, informando ao paciente sobre os ocasionais riscos advindos daquele procedimento. É, na verdade, um dever legal de informação, cujo não cumprimento acarreta também responsabilidade civil.

Na sua dicção, o artigo 13 do CCB reforça a compreensão de que, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autorizada está a cirurgia de transgenitalização (qualificado o desconforto entre a *origem de nascimento* e a *identidade sentida*, a chamada disforia), em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e a

¹⁴ STOLZE, Pablo Gagliano e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. Vol. I., 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 219.

consequente alteração do prenome e do gênero no registro civil (enunciado nº 276 da IV Jornada de Direito Civil).

Ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, o artigo 14 do CCB determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares. Portanto, a aplicação do artigo 4º da Lei nº 9.434/1997 há de ficar restrita à circunstância em que silente o potencial doador (enunciado 277 da IV Jornada).

II. O postulado essencial da dignidade da pessoa humana: autonomia ou heteronímia

Conforme já destacado, a dignidade da pessoa humana reflete em si postulado de consenso ético para que se tenha todo e qualquer regramento sociojurídico nela centrado. Tem-se que, na sua expressão primeira, dignidade significa que toda pessoa, por ser um fim em si mesma (imperativo kantiano),¹⁵ legitima também toda e qualquer vedação à utilização ou instrumentalização de sua pessoa.

Contudo, no âmbito dos direitos individuais, ela se expressa na *autonomia da vontade*, que deriva da liberdade e igualdade das pessoas. Isso porque todos têm direito de escolha sobre os projetos individuais que desejam desenvolver e de não sofrer discriminação por suas escolhas existenciais.

A dignidade como autonomia diz respeito àquela capacidade – e condições para seu exercício – de a pessoa autodeterminar-se, para que delibere de maneira livre e desembaraçada sobre sua personalidade, assumindo inclusive responsabilidade absoluta sobre suas escolhas morais. Todos devem respeitar a autonomia moral de uma pessoa.

A outra face se traduz na dignidade como postulado heterônomo, no reforço do entendimento de que as escolhas individuais devem levar em conta valores comuns, para que não seja desviada do critério objetivo-finalístico da lei, da boa-fé ou dos bons costumes. O postulado é balizador da liberdade individual e não de sua promoção. Sendo assim, pela concepção heterônoma, a dignidade não tem na liberdade seu componente precípuo ou central. Ao contrário, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade.

¹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Ed. 70, 2004, p. 68.

A análise de precedentes judiciais motivados pela dignidade da pessoa humana e que envolvem a tese do abuso de direito, para a responsabilização civil ou não, revela uma visão restritiva de direitos na aplicação do postulado, quando conscritos os direitos individuais envolvidos em determinado caso. Como afirmam Barroso e Martel:

Em suma, pode-se dizer que a “dignidade como heteronomia” traduz uma ou algumas concepções de mundo e do ser humano que não dependem, necessariamente, da liberdade individual. No mais das vezes, ela atua exatamente como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados. Por isso, a “dignidade como heteronomia” é justificada na busca do bem para o sujeito, para a preservação da sociedade ou comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano, dentre outros objetivos.¹⁶

Tal como se pontua:

1. Matéria objeto de repercussão geral que versou sobre caso de eliminação de candidato a preenchimento de cargo junto à polícia militar do estado de São Paulo (vaga de soldado, segunda classe), por apresentar tatuagem na perna.

Em acórdão, o Tribunal deste estado destacou que o edital é a lei do concurso, a restrição em relação à tatuagem encontra-se expressamente nele prevista e que é dever de todo e qualquer candidato atentar às vinculações editalícias, sendo certo que a carreira também impõe restrição da mesma natureza. A repercussão geral foi estabelecida para que se faça valer o decidido acerca de **os editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.**

Para tanto, o relator, ministro Luiz Fux, explicitou que um policial não pode ostentar sinais corporais que signifiquem apologias ao crime ou notabilizem organizações criminosas; não devendo, entretanto, ser seu ingresso na corporação inviabilizado por conta de ter o candidato exercido a sua *liberdade de expressão* através de pigmentação

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto e MARTEL, Leticia de Campos Velho. “A morte como ela é: *Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida*”. In: GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). *Bioética e Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 21-62.

definitiva aposta no corpo. O ministro que ficou vencido foi o Marco Aurélio de Melo, por sustentar que o provimento de cargo público depende de aprovação do candidato, em todas as suas fases, nos termos da lei, ponderando que a eventual flexibilização do edital não pode implicar em ofensa ao texto constitucional. (STF –REExt. n. 898.450 SP, rel. Min. Luiz Fux, data do julgamento: 17/8/2016, DJ nº 114 de 31/5/2017)

2. O segundo precedente por mim privilegiado envolve caso de busca de autorização judicial para transplante de rim, realizado entre pessoas que não se enquadram na previsão permissiva da Lei federal nº 9.434/1997: cônjuges, filhos ou parentes em até 4º grau (excetuado, apenas, o caso de transplante de medula óssea). Cientes dessa necessidade, as autoras ajuizaram ação para obter o necessário alvará judicial. Contudo, o mesmo foi negado em primeira instância.

Analisou-se, nessa corredeira, o recurso de apelação interposto, em razão do indeferimento daquele pedido inicial. O argumento que motivou a sentença desfavorável se fundou no fato de ser a doadora ainda viva e, sobretudo, na incompatibilidade apresentada na análise, exigida por lei, dos antígenos leucocitários humanos (que não permitiria o sucesso do transplante almejado), o que resultaria em risco à vida da doadora (artigo 13 do CCB).

As razões de apelo foram expendidas com base nos seguintes argumentos: *(i) o exame decisivo para o sucesso da cirurgia é a prova cruzada, e não a compatibilidade do HLA; (ii) a exigência normativa de compatibilidade entre os pontos de HLA estaria revogada pela Lei Federal nº9.434/1997; (iii) a pretensão autorizadora encontra-se na esfera de direitos disponíveis das partes; (iv) a pretensão da autora é altruística e tem como objetivo assegurar a vida de outrem.*

Por fim, rebatendo a motivação da sentença de que a doação traria prejuízos à integridade física da potencial doadora, argumentou que a submissão à transplante de órgão pertence à sua individualidade. E que, sendo ela plenamente capaz, deveria poder tomar essa decisão de forma autônoma, sem ter que se socorrer do Judiciário.

Quando do julgamento do apelo, o relator analisou as alegações trazidas pelas partes, rejeitou as impugnações recursais, e alegou que as autoras deveriam cumprir o que dispõe o artigo 15, § 3º do Decreto nº2.268/1997: **§ 3º Exigir-se-á ainda, para a**

retirada de rins, a comprovação de, pelo menos, quatro compatibilidades em relação aos antígenos leucocitários humanos (HLA), salvo entre cônjuges e consanguíneos, na linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive.

O relator considerou que a doação de rim entre pessoas vivas e que não sejam parentes próximas estaria condicionada a uma investigação de compatibilidade imunológica mais detalhada. E concluiu que, no caso, demonstrada incontestável incompatibilidade de HLA, o transplante pretendido poderia causar lesão à integridade física da doadora, além de não contribuir para a melhora da paciente, motivo pelo qual desproveu o apelo, com base nos seguintes aspectos: *1. O Decreto nº2.228/1997 não está revogado pela Lei nº9.434/1997. Ele regulamenta a lei e, assim, as alterações produzidas pela Lei nº10.211/2001 não afetam a regulamentação feita pelo Decreto em referência; 2. Em se tratando de retirada de rins, é exigência legal pelo menos quatro compatibilidades em relação aos antígenos leucocitários humanos (HLA); 3. Em relação ao argumento de que a pretensão autorizadora se encontra na esfera dos direitos disponíveis das partes, é também alegação que não enseja a reforma da sentença. O corpo é disponível nos limites legais. E, no presente caso, não há previsão legal para a disponibilização de um órgão que tem grandes chances de ser rejeitado pelo receptor, situação que geraria lesão corporal gravíssima (retirada de um órgão) na primeira autora e, muito provavelmente, não geraria o benefício esperado na segunda apelante, pois ambas não têm a compatibilidade mínima necessária para doação renal entre si.* (TJDF. Ap. cível n. 2007 01 1 0084488, Des. Relator Silva Lemos. Data do julgamento: 17/8/2016, Quinta Turma Cível. DJe de 24/11/2008, p. 128)

3. O terceiro caso versa sobre pedido judicial de alteração do nome da requerente, junto ao Registro Civil de Pessoas Naturais, para que considerado o seu comportamento condizente ao gênero masculino.

Em síntese, já adianto que, diante da improcedência daquele pleito inicial, interpôs a parte autora recurso de apelação, sob o fundamento de que tal pedido encontraria guarida no enunciado 42, afeito à 1ª Jornada de Direito da Saúde, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça. Tal enunciado contemplou as alterações de nome e de sexo, em pessoas transexuais, que não tenham se submetido à operação de transgenitalização.

Intimado a se manifestar acerca da procedência do objeto da lide, o Ministério Público não apresentou objeções, opinando, inclusive, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Reconhecendo a singularidade da matéria, em seu voto o relator do recurso aludiu a artigo científico publicado em periódico abalizado na área médica, *The New England Journal of Medicine*, para que esclarecida a questão de que a disfunção entre identidade e o gênero naturalmente ostentado é um problema que afeta incontestavelmente a saúde *emocional do requerente*; e acrescentou que *Sigmund Freud já promulgava que “tanto a masculinidade quanto a feminilidade são pontos de chegada e não de partida, e que o ponto de chegada é sempre único, porque decorre da particularidade dos processos identificadores de cada um”*.

O revisor discordou do relator, porque entendeu que o registro público tem de espelhar a verdade biológica, admitindo-se, como exceção, a troca de sexo quando submetida a pessoa à prévia cirurgia de transgenitalização. No caso em tela, conforme o julgador dissonante, como a parte requerente não pretende realizar a cirurgia de mudança de sexo, deve continuar com o registro nos moldes clássicos, pois ostenta órgãos genitais tipicamente femininos. Por fim, ressaltou que a alteração nos assentamentos públicos implicaria em constrangimento à apelante na medida em que se verificasse ser ela mulher e seu nome no registro civil estaria remetendo ao gênero masculino, conforme explicita: *“Finalmente, observo que a sexualidade é questão biológica e que transcende o plano da vontade individual, e a definição do sexo constitui ato médico. E, como o registro civil de nascimento deve espelhar a verdade biológica, somente poderá ser corrigido quando se verificar erro.”* (TJRS Apelação cível 70064746241, Des. Relator Jorge Luiz Dall’agnol, data do julgamento 30/9/2015, data da publicação 8/10/2015)

4. O quarto caso atende à seguinte ementa: *APELAÇÃO CÍVEL – CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL – MUDANÇA DE PRENOME E SEXO – AVERBAÇÃO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL – NECESSIDADE – FORMA DE PROCESSAMENTO DA ALTERAÇÃO REGISTRAL – OMISSÃO – SENTENÇA INTEGRADA DE OFÍCIO. Deve ser mantida a sentença que, ao acolher o pedido de mudança de prenome e gênero, em razão de cirurgia de redesignação sexual, determina que conste à margem do registro de nascimento a anotação de que as*

alterações de nome e sexo decorrem de decisão judicial. Cumpre à instância recursal, de ofício, integrar a sentença cujo dispositivo não dispõe sobre a forma de processamento da ordem judicial de retificação do registro civil, de forma a resguardar o sigilo da anotação, evitando-se, por conseguinte, violação à intimidade da parte.

O autor, transexual, se submeteu a cirurgia de mudança de sexo/gênero e também requereu a alteração de seu nome no registro civil. Preenchendo os requisitos, a alteração foi deferida em primeira instância, com a ressalva, contudo, de que deveria constar averbação informando a alteração de nome.

Por esse motivo, justamente, interpôs recurso, argumentando que tal determinação implicaria em nítido e inegável constrangimento à sua pessoa.

Nessa toada, o autor sustentou ainda que a simples anotação do conteúdo da sentença à margem do registro civil teria o condão de trazer constrangimento e humilhação à sua pessoa, sendo prática indigna. Além disso, defendeu que a finalidade dos serviços concernentes aos registros públicos é a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos.

Votou o relator, portanto, no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos demais julgadores, balizado em precedente outro do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

*MUDANÇA DE SEXO. AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. **Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito**, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido. (Resp. n. 678933/RS, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 22/3/2007).*

Desse modo, foi mantida a sentença que, ao acolher o pedido de mudança de prenome e gênero, em razão de cirurgia de redesignação sexual, determinou que conste à margem do registro de nascimento a anotação das alterações de nome e sexo decorrentes de decisão judicial. (TJMG 1.0024.08. 2390428/001, Des. Relator Afrânio Vilella, Segunda Câmara Cível, data do julgamento 11/8/2009, publicado em 30/9/2009)

III – BREVES NOTAS CONCLUSIVAS

Afinal, proponho, a título de conclusão, que o instituto do abuso do direito –o que implica considerar práticas desviantes da lei, no sentido mais amplo, por não ter verdadeiramente em foco um direito, mas um *direito aparente* (trata-se de um comportamento que exibe uma forma, a aparência de um direito, que, na verdade, não existe, pois não pode ser invocado no caso concreto) –envolva em si toda e qualquer prerrogativa jurídica subjetiva, poderes, faculdades e liberdades.

O que me instiga é que, frente ainda aos avanços da medicina e da biologia, haja a necessidade de se conter a própria pessoa, para que não sucumba aos interesses comerciais, na disponibilização de partes destacadas do próprio corpo, visto que o próprio Código Civil não se submeteu a tal investida; pelo contrário, sinaliza no sentido de que, se não implicar em limitação permanente, tudo ficará adstrito à noção elástica dos *bons costumes*.

Há uma quantidade considerável dos chamados *wannabes* pelo mundo, sem que se tenham judicializados casos notórios no Brasil, que autorizam a retirada ou modificação de partes do corpo, por vezes se automutilando, sob a justificativa de uma melhor e desejada adequação anatômica, a despeito de estarem fisicamente saudáveis e se submeterem a situações de risco de morte. Sendo assim, o instituto da responsabilidade civil ganha eficácia frente a terceiros que aceitam intervir, de forma profissional ou não, na realização de práticas ditas deformantes ou mutiladoras ou reducionistas de partes do corpo.

No final da década de 1990, por exemplo, o cirurgião Robert Smith amputou, em um hospital da Escócia, as pernas de dois pacientes fisicamente saudáveis (baseado em diagnóstico de distúrbio de adequação anatômica, associado ao fascínio dos enfermos de vir a integrar a categoria de portadores de necessidades especiais), “suscitando o furor da imprensa britânica. Smith alegou atender à ‘exigência médica’ de encerrar o sofrimento daqueles pacientes que,

segundo o cirurgião, se encontravam em tal estado de desespero que seriam capazes de promover automutilação ‘em uma linha de trem’ ou ‘utilizando armas de fogo’, com sério risco para si e para terceiros”.¹⁷

Por resultarem em práticas mais impactantes de autonomia da vontade em várias das suas manifestações, os atos de disposição do próprio corpo sempre nos condicionarão a ponderar de forma que se equilibre a liberdade das pessoas com os imperativos de justiça, que a ordem jurídica pretende resguardar.

Nesse cenário, fica reforçado o papel do Estado social, para que exigido da própria pessoa um padrão mais apurado de responsabilidade frente a terceiros e viabilizada uma existência digna e satisfatória, em prol do bem-estar. O que se quer dizer é que o instituto do abuso de direito intensifica a intervenção do Estado no domínio dos interesses privados, sob a ótica de uma solidariedade constitucional, anunciada por Pietro Perlingeri¹⁸ (pela perseguida adequação de prática lesiva a ser inibida – ou não – judicialmente, no emolduramento às cláusulas gerais e conceitos ditos indeterminados, na limitação de direitos, prerrogativas e/ou faculdades jurídicas, para uma efetiva coerência com aquele Estado social).

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. “Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002”. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 245.

¹⁸ PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 27.