

CONCRETIZAÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL E AUTONOMIA MORAL DO HOMEM NA DISPONIBILIDADE SOBRE O PRÓPRIO CORPO E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

SOLIDIFICATION OF INDIVIDUAL FREEDOM AND MEN'S MORAL AUTONOMY OVER ITS OWN BODY AND THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUCIONAL PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

O autor é Promotor de Justiça, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). É Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. É Professor de Direito Penal do UNICURITIBA, FEMPAR, ESMAE, CEJUR e LFG. Atualmente Coordena a Pós-Graduação em Direito Criminal e Processo Penal do UNICURITIBA. Coordena o Grupo de Estudos em Direito Penal Econômico do Unicuritiba-Fempar, no bojo do qual foi produzido o texto em mesa.

CARLA BACILA SADE

Formou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e especializou-se em Direito Criminal pelo Centro Universitário Curitiba. Advoga na área criminal, é professora universitária no Complexo de Ensino Superior Anita Garibaldi.

RESUMO

O presente estudo teve por finalidade a análise da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana em confronto com o artigo 13 do Código Civil Brasileiro, no que diz respeito especificamente à concretização, pelo ordenamento jurídico pátrio, da liberdade individual e concepção antropológica do homem enquanto dotado de autonomia moral, estes decorrências lógicas do pilar constitucional anteriormente mencionado. Para tanto, foi introduzido o tema de forma a indicar que concepções estritamente morais não podem legitimar a análise dentro

de um Estado democrático. Avaliou-se, então, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto opção constitucional por uma noção de indivíduo livre e autônomo moralmente, para depois confrontar essa premissa com os Direitos da Personalidade. Finalmente, partindo da base inicial e tendo em conta a teoria do mínimo ético, foi analisado o artigo 13 do Código Civil Brasileiro.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana, liberdade individual, autonomia moral, direitos da personalidade, mínimo ético, disponibilidade sobre o próprio corpo.

ABSTRACT

The present work aimed to analyze the effectiveness of the principle of human dignity in confrontation with Article 13 of the Brazilian Civil Code, specifically regarding to the concretion, by the law system, of individual freedom and anthropological conception of man with moral autonomy, these two logical consequences of the mentioned constitutional pillar. To that end, we introduced the topic to indicate that strictly moral conceptions can not legitimize the analysis within a democratic state. We also evaluated the principle of human dignity as a constitutional option for a notion of an individual free and morally autonomous, and then we compared this with the premise Personality Rights. Finally, starting from the initial basis and taking into account the theory of the minimum ethical, it was analyzed the article 13 of the Brazilian Civil Code.

Keywords: Human Dignity, individual freedom, moral autonomy, personality rights, ethical minimum, availability on it's own body.

1. INTRODUÇÃO

No prefácio de seu livro Admirável Mundo Novo, Aldous Huxley, analisando a própria obra, afirma que se a reescrevesse “ofereceria uma terceira alternativa ao

Selvagem. Entre as duas pontas de seu dilema, a utópica e a primitiva, estaria a possibilidade de alcançar a sanidade de espírito”¹.

Com essa finalidade, analisa que, antes de mais nada, “Essa revolução verdadeiramente revolucionária deverá ser realizada não no mundo exterior, mas sim na alma e na carne dos seres humanos”², o que o Marquês de Sade propunha através de indivíduos “cujas mentes deveriam ser expurgadas de todas as decências naturais, de todas as inibições laboriosamente adquiridas da civilização tradicional”³.

E é neste espírito que o presente estudo objetiva analisar sucintamente a legitimidade de se impor ao indivíduo limitações de disponibilidade sobre o próprio corpo, a partir da verificação dos fundamentos dos direitos da personalidade.

Percebe-se facilmente na história do clássico romance citado acima que as limitações ao indivíduo em nome da estabilidade social podem levar à condição de desumanização, daí porque a preservação da condição humana é o único princípio possível desta análise.

A avaliação, assim, passa primeiro pela determinação de qual concepção antropológica de homem pode ser admitida a partir da perspectiva constitucional brasileira, em especial tendo como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Carta Maior.

Definido o que é homem para a legislação pátria, passa-se à pontuação dos direitos fundamentais inerentes a esta condição, ou seja, aqueles que possibilitam que esta condição se concretize da maneira mais plena possível. Em outras palavras, o que é essencial garantir ao homem para que ele possa se realizar como ser humano? Ou ainda: quais são os pressupostos para que o indivíduo possa gozar de modo mais amplo possível desta condição?

É claro que a convivência em sociedade dependerá da imposição de limites a diversos direitos do homem, e estes limites, transformados em regras jurídicas, representam, em última análise, um juízo valorativo sobre os mais variados bens jurídicos. A limitação, no entanto, não pode ultrapassar o mínimo ético necessário para a manutenção de um corpo social como o lugar próprio para esta mesma realização da condição humana.

¹ HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Globo, 2009. p. 13.

² Idem. p. 16.

³ Idem p. 17.

Isso porque, qualquer limitação além, representa a própria negação da condição humana fundamental e, enquanto tal, perde legitimidade e mesmo razão de existir dentro de um ordenamento jurídico que só pode ser compreendido como a serviço da humanidade. A sociedade carente de todo traço de humanidade desenhada no Admirável Mundo Novo de Huxley é para onde caminharíamos não tivessem os limites o seu próprio limite, que é a máxima preservação possível da autonomia e da liberdade.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: OPÇÃO CONSTITUCIONAL DE UMA CONCEPÇÃO ANTROPOLÓGICA FUNDADA NA AUTONOMIA E NA LIBERDADE.

Ao longo da história, inúmeras são as concepções de homem que foram delineadas e sustentadas, inclusive servindo como base de desenvolvimento dos diversos ramos do Direito. Assim, por exemplo, enquanto no período clássico iluminista a autonomia moral era sustentada com base no livre arbítrio herdado das concepções cristãs, no positivismo naturalista a ideia de determinismo decorrente do paradigma filosófico fundado em relações de causa e efeito suprimia do indivíduo qualquer vontade livre.

Numa concepção antiga, aqui representada por aquela em Aristóteles, o homem é um ser vivo, mas não apenas isto. É um animal político (social), o que significa não só que necessita coexistir com os demais por utilidade, mas para “viver bem”, ou seja, ser feliz. “E essa é uma característica propriamente humana”⁴.

Questionando a definição aristotélica, no período clássico Descartes inclui na concepção de homem a capacidade de pensamento, que para este autor seria o que lhe definiria antes de qualquer outra coisa.⁵

Ainda que uma ideia pretendesse se sobrepor à outra, as duas características podem ser identificadas como próprias do ser humano: o pensamento e a sociabilidade como algo que faz sentido para o “ser feliz”, ainda que posteriormente

⁴ WOLFF, Francis. **As quatro concepções do homem**. In NOVAES, Adauto. A condição humana . São Paulo: Agir, 2008. p.40.

⁵ Idem. p.43 e ss.

tenham sido complementadas ou mesmo limitadas pelas consequências indesejáveis que sua noção absoluta permitiria.

Já as concepções das ciências humanas que sobrevieram e levantaram tanto a ignorância do homem sobre si mesmo como sua dependência da linguagem e da comunicação, colocaram o homem, juntamente com suas crenças e opiniões, numa perspectiva determinista e, portanto, retiram-lhe a característica de sujeito, mas uma concepção com tal viés, fosse adotada, abalaria as bases da democracia.⁶

Em outras palavras, a noção de autonomia moral do indivíduo o caracteriza como sujeito e é fundamento necessário de todas as teorias políticas desenvolvidas na modernidade, base da qual um Estado democrático de Direito não pode prescindir.

A autonomia não se confunde com a liberdade. Enquanto a autonomia é a capacidade de vontade livre, a liberdade é a possibilidade de agir conforme a vontade, muito embora em diversas teorias políticas estes conceitos sejam equiparados. De modo ou de outro, de nada valeria a autonomia sem a liberdade.

Assim, resumidamente, o homem é um ser autônomo moralmente e isso o caracteriza como sujeito. Para que essa autonomia se realize, ela se vincula obrigatoriamente à liberdade, e “O conceito fundamental do direito é a liberdade...o conceito abstrato de liberdade é: possibilidade de se determinar para algo”⁷.

A liberdade nos Estados modernos teve suas acepções liberal e democrática⁸ gradualmente integradas podendo ser sinteticamente expressa, segundo Bobbio, da seguinte forma: “Até onde é possível, é preciso dar livre vazão à autodeterminação individual (liberdade como não impedimento); onde já não é possível, é preciso fazer com que a autodeterminação coletiva (liberdade como autonomia) intervenha”⁹.

Dessa confluência decorreria que o homem pode determinar livremente seu querer até onde é capaz de decidir sozinho, e no âmbito onde é necessária uma decisão coletiva, deve participar para que esta seja ou pareça uma livre determinação de sua vontade.¹⁰

⁶ WOLFF, F. *op.cit.* p. 44.

⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: atlas, 1994. P. 155.

⁸ Para a diferença entre a o conceito de liberdade para a teoria liberal e para a teoria democrática ver BOBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p.101 e ss.

⁹ BOBBIO, N. *op cit.* p. 103.

¹⁰ *Id.*

Explicando-se através de Benjamin Constant, este diferencia a liberdade individual (gozo privado) e liberdade coletiva (segurança do gozo privado), sendo que a primeira é o bem essencial dos modernos, enquanto a segunda é a garantia da primeira.¹¹

Daí que é ínsito que se sacrifique a liberdade individual em prol da coletiva, porém, para o mesmo autor, a liberdade política (coletiva) apenas tem sentido como instrumento de realização da liberdade individual através da convivência civilizada.¹²

Também em Kant a liberdade é evocada como não-impedimento (individual)¹³, sendo que o filósofo alemão centraliza sua teoria na ideia de que o único direito inato é a liberdade:

A liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes.¹⁴ [grifou-se]

Dessa passagem dois pontos devem ser ressaltados: liberdade como independência da escolha alheia e liberdade enquanto característica inata de humanidade. Ou seja, quanto mais livre, mais se efetiva a humanidade de um indivíduo. E o contrário pode ser deduzido: quanto menos liberdade, menos humano.

Kant afirma ainda como princípio universal do Direito a máxima liberdade de escolha capaz de coexistir com a liberdade de todos, de modo que “todo aquele que obstaculizar minha ação ou minha condição” – que não colide com a liberdade de todos e é por isso justa – “me produz injustiça”¹⁵.

Nas palavras do autor:

...a lei universal do direito, qual seja, age externamente de modo que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação, mas não guarda de modo algum a expectativa – e muito menos impõe a exigência – de que eu próprio devesse restringir minha liberdade a essas condições simplesmente em função dessa obrigação.¹⁶

¹¹ Idem. p. 104.

¹² BOBBIO, N. *op cit.* p. 104.

¹³ Idem. p. 105.

¹⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2005. p. 83.

¹⁵ KANT, I. *op. cit* p. 77.

¹⁶ Id.

Em conclusão às lições do autor, o que se me pode impor justamente em contraposição à minha liberdade é tão somente aquilo que implique alguma violação à liberdade de todos, nada mais. Qualquer determinação que extrapole essa condição viola o princípio fundamental do direito e é, portanto, ilegítima.

A concepção antropológica encontrada na teoria kantiana aparece também nos estudos Battista Mondin, para quem a autonomia (querer) e a liberdade são as verdadeiras características do homem¹⁷:

“Homem de vontade”, “homem de caráter”, “homem decidido”, “homem livre” são expressões comuns na nossa linguagem para designar um tipo ideal de homem. Todavia, vontade, decisão, caráter e liberdade não são qualidades que se acham somente em poucos homens excepcionais, mas pertencem ao homem enquanto tal.¹⁸

E a vinculação da autonomia à essência de humanidade, proposta já na introdução deste estudo, é também afirmada pelo antropólogo italiano, ao definir humanidade enquanto uma propriedade da vontade humana.¹⁹

O limite da liberdade humana individual, como em Kant, também para John Stuart Mill estaria no não distúrbio dos outros²⁰. Nas palavras de Richard David Precht, “Podemos dizer que somos livres de determinado modo, pois em larga medida somos nós que nos determinamos. Essa liberdade, porém, é limitada pelas vivências”.²¹

Logo, não é possível compreender o ser humano sem autonomia e liberdade, e somente é possível falar em dignidade da pessoa humana com a garantia dessas condições inerentes ao indivíduo. Falar em dignidade humana corresponde a afirmar sua autonomia e sua liberdade. Isso porque, fosse o homem um ser determinado absolutamente, tal qual uma coisa, não se lhe reconheceria qualquer dignidade.

Em seu livro *Pedagogia da Autonomia*, ao comentar que o ensinar exige respeito à autonomia do ser educando, Paulo Freire vincula a autonomia à dignidade

¹⁷ MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. São Paulo: Paulus, 1980. p.109.

¹⁸ MONDIN, B. *op cit.* p. 109.

¹⁹ Idem .p. 111.

²⁰ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006 *apud* BARELLI, Ettore. PENNACCHIETTI, Sergio. **Dicionário das citações**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 286.

²¹ PRECHT, Richard David. **Quem sou eu?** São Paulo: Ediouro, 2009. p 274.

do indivíduo, afirmando que “O respeito à autonomia e à dignidade de cada um é um imperativo ético e não um favor que podemos ou não conceder uns aos outros”²².

A ideia moderna de humanidade, inclusive, como conclui o filósofo francês Luc Ferry, implica na consideração da liberdade como característica inerente ao indivíduo, tendo ela e a dignidade uma origem de reconhecimento concomitante na história do homem.²³

Desse modo, quando a Constituição da República Federativa do Brasil proclama a dignidade da pessoa humana como seu fundamento – artigo 1º, inciso III -, só o faz porque pressupõe o homem como um ser autônomo moralmente e dotado de liberdade, direito este que se iguala ao direito à vida, justo porque a vida, sem autonomia e liberdade, perde o sentido e deixa de ser digna. A dignidade, tanto quanto a vida, é intrínseca ao homem, na visão de Kant.²⁴

No mesmo sentido, Sarlet²⁵ afirma como núcleo da dignidade da pessoa humana a liberdade (autonomia), entendida esta como a capacidade do homem de se autodeterminar. E a dignidade é característica ínsita a todo indivíduo e só há dignidade com garantia da autonomia ética e, por isso, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”²⁶.

Daí porque tais características inerentes ao indivíduo não podem ser negadas e somente poderão ser restringidas excepcionalmente e dentro do limite do mínimo necessário. Esse limite identifica-se com a necessidade de resguardar a liberdade coletiva. Não pode ir além.

E se a dignidade da pessoa humana é uma qualidade que deriva e pressupõe a autonomia²⁷, então qualquer fato que a lesione em dissonância com os limites legítimos, é inconstitucional.

3. DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

²² FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p.59.

²³ FERRY, Luc. **Aprender a viver**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 93.

²⁴ KANT, I. *op. cit.* p. 81.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5o., II, disponível em planalto.gov.br, acesso em 05.01.2012.

²⁷ TAYLOR, Charles - *Sources of the Self: the making of the modern identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989. p. 97.

A condição humana, em decorrência das características que lhe são próprias, depende, para sua plena realização, da garantia de alguns direitos essenciais, que são os chamados direitos da personalidade, em nosso ordenamento regulados nos artigos 11 a 20 do Código Civil de 2002.

Os direitos da personalidade, portanto, são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade. Na conceituação de Maria Helena Diniz, “os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio (...) de defender um bem que a natureza lhe deu”²⁸.

Para a análise pretendida neste estudo, esta noção apresentada pela doutrinadora brasileira torna-se muito importante. Dela é possível afirmar, então, que quando se fala em direito à vida, por exemplo, como um direito da personalidade, significa o amplo direito do indivíduo em defender a sua vida.

Muito embora a tutela jurídica de alguns desses direitos já fosse exercida desde a antiguidade, foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que a defesa da dignidade humana foi impulsionada e apenas ao final do século XX foi construída uma dogmática dos direitos da personalidade, de modo a conciliar a liberdade individual com a social.²⁹

Se a personalidade é o conjunto de caracteres próprios da pessoa, os direitos da personalidade implicam no direito de exigir um comportamento negativo por parte dos outros para a proteção destes bens inatos.³⁰

E os direitos decorrentes destes bens inatos, o direito de protegê-los, chamados de direitos da personalidade, são “absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”³¹.

Dito de outro modo, a disponibilidade sobre o direito de tutela destes bens propriamente pelo indivíduo é inatingível, de modo que o controle geral e permanente³² dos bens não pode ser retirado da pessoa à qual são inerentes.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 515.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116 e 117.

³⁰ *Idem*. p.118.

³¹ *Idem* p. 119.

³² Enunciado 4 da Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Dentre os direitos da personalidade, pode-se citar o direito à integridade física, que compreende o direito à vida, o direito sobre o próprio corpo e o direito ao cadáver; e também o direito à integridade moral, abrangendo o direito à honra, o direito à liberdade, o direito à imagem, ao nome e à intimidade. Todos estão respaldados constitucionalmente.

Na presente análise, importa o direito à integridade física, ou, mais especificamente, vida e corpo. Canotilho ensina que são estes direitos subjetivos de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar a garantia da "não agressão" ao direito à vida e integridade, resultando ainda numa dimensão protetiva.³³

Sobre a disponibilidade de partes do corpo em vida, o artigo 13 do Código Civil dispõe que "é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes."³⁴

Mas será que é legítima a proibição que declaradamente fundamenta-se numa avaliação moral do que o indivíduo poderia fazer, de acordo com sua autonomia, com o próprio corpo? Estaria essa disposição em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente em se considerando que esta baseia-se na concepção antropológica que afirma a autonomia moral de cada indivíduo?

E mais, como se falar em bons costumes, ou ter uma proibição fundada na moral, em tempo de pós modernidade e total desreferencialização ética? A problemática é referida por Sebastian Charles, ao referenciar que na sociedade pós moderna existe:

(...) crispação no que concerne aos valores, com o surgimento de questões inéditas que o progresso da ciência e a extensão da esfera dos direitos individuais tornaram inevitáveis (clonagem, eutanásia, casamento entre pessoas do mesmo sexo, adoção de crianças por casais homossexuais, etc)³⁵

Não é possível negar que o direito é a positivação de um juízo de valor moral, então como é possível conjugar o pluralismo com essa noção? A questão

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 526.

³⁴ Código Civil Brasileiro, disponível em www.dji.com.br, consulta em 07.01.2012.

³⁵ *Idem* p. 16.

passa pela avaliação das possibilidades de alcance das regras jurídicas e seus limites, sendo pertinente a proposta da Teoria do Mínimo Ético.

4. O DIREITO NA SOCIEDADE PÓS MODERNA A PARTIR DA TEORIA DO MÍNIMO ÉTICO

Diante das características da sociedade pós-moderna, o relativismo axiológico soma-se a dificuldades de fundamentação filosófica, o que não implica afirmar que os pensadores clássicos estão errados em suas concepções sobre a relação entre o Direito e a Moral, mas...

Apenas nos interessa assinalar que as configurações e as concepções subjacentes a essas teorias morais não correspondem integralmente à configuração moderna contemporânea³⁶

Significa dizer: a fundamentação da vinculação ou não do Direito à Moral nas teorias clássicas não se sustenta tendo a sociedade pós moderna como pano de fundo, não apenas pela falta de correspondência de base, mas ainda como sistema a funcionar no atendimento de determinadas expectativas.

Hoje, a fundamentação de uma ética envolve uma teia de justificações que a tornam exigível perante todos. A fundamentação é justificação da universalidade de uma moral que responde à seguinte questão: “como e por que ela deve valer igualmente perante todos os membros de uma comunidade?”³⁷

Segundo Arruda e Gonçalves, dois caminhos podem ser tomados na tentativa de alcançar a resposta pretendida:

A primeira delas tenta encontrar uma fundamentação absoluta para a moral, como a Razão ou Deus. A segunda estratégia, que pretendemos seja a nossa, tenta investigar empiricamente quais estruturas psicossociais tornam possível o convívio regulado pela moral³⁸

³⁶ ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 101.

³⁷ Id.

³⁸ Idem. p. 101 e 102.

Esse abandono da fundamentação absoluta é chamada por E. Tugendhat de fundamentação fraca ou plausibilização da ética³⁹, que seria um campo mínimo que possibilite a experiência comunitária:

O mínimo ético tenta traduzir as estruturas de possibilitação da moralidade, sem com isso postular a adesão a alguma constelação de valores própria de qualquer axiologia⁴⁰

Nos autores mais modernos, é possível observar essa tentativa de resgate do que aqui chamamos de mínimo ético, o que fizeram a partir de releituras de teorias clássicas sobre justificação moral. Tugendhat aponta, com sua teoria, a alguns conceitos kantianos, não equivalendo, porém, a fundamentação filosófica. Para ele, a moral é apenas precariamente possível, mas não necessária. E nesse sentido:

O mínimo ético diz respeito às possibilidades de um indivíduo partilhar da mutualidade das expectativas sociais, erigindo-se em sujeito capaz de agir num contexto cooperativo. Todavia, para que isso ocorra, é necessário que se garantam a esse indivíduo certas condições de ingresso no pacto social no qual se desenrola o convívio moral e juridicamente regulado⁴¹

Olhar o direito sob tal perspectiva, no intento de corresponder às angústias da sociedade pós-moderna, é vislumbrado como uma possibilidade de reconstrução ou remodelamento do sistema jurídico praticado ainda sob os pilares positivistas.

A relação destas considerações com o assunto aqui tratado é simples: primeiro, admitir que as regras jurídicas dependem de um conteúdo de legitimação, resulta em análise da fundamentação filosófica da matéria por ela tratada. Segundo, determinar o conteúdo ético que pode ser atribuído a uma norma deve respeitar um limite, sob pena de deixarmos abertura para que qualquer conteúdo pudesse legitimá-la. Terceiro, o limite é regulado pelo que for necessário para garantir as capacidades conviviais, adotando-se como parâmetro os princípios constitucionais .

³⁹ TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. 6ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2007.

⁴⁰ ARRUDA JUNIOR, E. L. de; GONÇALVES, M.F. *Op. cit.* p. 102.

⁴¹ *Idem.* p. 103.

Aplicando-se ao tema tratado: o fato do artigo 13 do Código Civil proibir a disposição livre, por cada indivíduo, de seu corpo, baseado nos bons costumes, por si só legitima a proibição? Obviamente que não, e o tema demanda análise de sua legitimação de conteúdo, a partir das bases filosóficas e éticas petrificadas constitucionalmente, máxime se considerarmos que dentro da expressão “bons costumes” qualquer ato poderia ser colocado como proibido.

Por isso, a última parte deste estudo trará alguns questionamentos conclusivos sobre o tema e sobre a possibilidade de cada indivíduo determinar o desenvolvimento e o fim de sua vida.

5. CONCLUSÕES SOBRE A DISPONIBILIDADE DO INDIVÍDUO SOBRE O PRÓPRIO CORPO: VIDA E INTEGRIDADE FÍSICA COMO DIREITOS OU DEVERES DO HOMEM?

Não há nada mais próprio de um indivíduo, desde o momento que nasce, do que seu bem vida. Ainda que nenhum outro bem lhe fosse reconhecido como inato, a vida o é obviamente. E como a vida não é perpétua, pode-se afirmar que a morte faz parte da vida, ou que está nela visceralmente acoplada, de modo que pertence ao indivíduo tanto quanto a vida.

Daí porque Marilena Chauí, em seu “Convite à filosofia” trata vida e morte como eventos vinculados em substância:

Vida e morte não são, para nós humanos, simples acontecimentos biológicos (...). Vida e morte são acontecimentos simbólicos, são significações (...) Viver e morrer são a descoberta da finitude humana, de nossa temporalidade e de nossa identidade: uma vida é minha e minha a morte.⁴²

A autora explica que para os filósofos estóicos, a morte completa a vida, e somente após ela é que se poderia dizer se um ser humano foi ou não feliz, eis que a morte “completa o que somos, dizendo o que fomos” e, como afirmava Sêneca –

⁴² CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2004. p. 339.

que se suicidou compreendendo estar eticamente justificado para tanto- “quem não souber morrer bem, terá vivido mal”.⁴³

Também os existencialistas compreendiam a importância da morte em relação a vida como algo que permite a determinação de um conteúdo, pois a existência precede a essência, significando com isso que nossa essência é a síntese final do todo de nossa existência⁴⁴.

Logo de início é de se questionar: será que não é o direito mais básico do indivíduo escolher qual essência dar à sua existência? Com qual conteúdo ela deve ser preenchida? Afinal a vida, e agora juridicamente, é um direito ou um dever?

Parece que qualquer posição que retire do indivíduo a autonomia de determinar a essência de sua existência e a liberdade para efetivar o que sua vontade autônoma direciona fere a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio basilar do ordenamento jurídico constitucional, pois suprime características essencialmente humanas, sem haver a necessidade que decorre da tutela do espaço social e poderia, se houvesse, justificar uma tal interferência.

Afinal, tudo que é relativo ao meu corpo - exclusivamente -, e não ultrapassa os limites da minha liberdade individual para atingir a liberdade de todos, ou seja, não altera a estabilidade da convivência social, deve estar no meu âmbito de disponibilidade.

A justificativa de legitimação pela qual um indivíduo não pode dispor da própria vida no momento em que esta não lhe tem mais sentido serviria para sustentar todos os tipos de proibições relativas ao corpo, a partir da ideia de que este não pertence somente ao indivíduo em si. E aqui entraríamos num campo perigoso, pois a linha de fundamentação seria a mesma que outrora deu espaço à eugenia, e a mesma que até hoje sustenta os mais diversos moralismos.

No contexto pós moderno, não há uma moral unificada, eis que é multicultural e, portanto, qualquer restrição a mim com relação ao uso do meu corpo, só se justifica pela tutela de valores morais, e não pelo bem jurídico em si.

Os discursos fundados em uma determinada tábua valorativa que se pretende universalizante perdem força, pois todos os outros baseados em uma moral diferente estariam da mesma forma justificados:

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

O pós-moderno, enquanto condição da cultura nesta era [pós-industrial], caracteriza-se exatamente pela incredulidade perante o metadiscurso filosófico metafísico, com suas pretensões atemporais e universalizantes.⁴⁵

E é justamente em função deste contexto pós moderno que surgem questões como a que ora forma o conteúdo deste estudo:

(...) crispação no que concerne aos valores, com o surgimento de questões inéditas que o progresso da ciência e a extensão da esfera dos direitos individuais tornaram inevitáveis (clonagem, eutanásia, casamento entre pessoas do mesmo sexo, adoção de crianças por casais homossexuais, etc).⁴⁶

Analisando-se sob a perspectiva de tutela do bem jurídico, a única possível com a queda da tutela de valores morais, não é difícil perceber que somente a disponibilidade do indivíduo sobre seu bem vida e integridade física permite lhe seja conferida dignidade humana, já que só assim são preservadas suas características essencialmente humanas, que são autonomia e liberdade.

Dizer do indivíduo que ele tem “direito à vida” é dizer que ele dispõe do poder de controle sobre esse bem, afinal, “Um direito é algo que temos a opção de exercer ou não”.⁴⁷

Em decorrência, como vista anteriormente, há também o direito de exigir um comportamento negativo por parte dos demais de modo a ser conservado o seu bem.

E a vida é um bem jurídico relacionado a alguém e não um bem genérico. Portanto, o meu bem jurídico vida e integridade física significam para mim a possibilidade de defende-los, e jamais que eu devo ser defendido de mim mesmo em relação a algo que é meu, já que “o direito à vida é o direito ao respeito à vida do próprio titular”⁴⁸

O Código Civil brasileiro dispõe em seu artigo 11 que o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente

⁴⁵ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

⁴⁶ CHARLES, Sébastien. **Cartas sobre a hipermodernidade**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2009. p. 16.

⁴⁷ SINGER, Peter. **Vida ética**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.289.

⁴⁸ DINIZ, M.H. **Curso...** *op cit.* p.118.

nem geral" Uma leitura deste dispositivo condizente com a dignidade da pessoa humana, e que não retire do indivíduo sua autonomia/liberdade, leva à conclusão de que o meu direito de exigir um comportamento negativo poderia ser de alguma forma, mas nunca absolutamente em relação aos terceiros.

Em outras palavras, o que o Código Civil não permite é que o indivíduo passe a terceiro total e permanente o poder de controle sobre seus direitos da personalidade, tornando-o de alguma forma escravo do controlador. O mesmo não pode dizer da pessoa em relação a si mesma, pois aí ela tem 100% de possibilidade de gozo de seu bem.

Mesmo aqueles que não são juristas questionam a legitimidade substancial de uma norma que impede o indivíduo de determinar o destino de seu próprio corpo e de sua vida, como se lê em entrevista concedida por um dos mais importantes escritores literários contemporâneos que se inclina para temas relativos ao homem em sua essência individual e à humanidade, José Saramago:

Uma pessoa que se suicida usa um direito sobre sua própria vida. Ninguém pode lhe negar isso, seja qual for a autoridade que se oponha, civil ou religiosa. (...)em nome de quem a sociedade nega isso?⁴⁹

Por isso, citando Stuart Mill, Peter Singer defende o direito ao suicídio, se deste não decorre prejuízo a terceiros e o indivíduo adulto e capaz está tomando uma decisão com base em informações relevantes:

O único propósito pelo qual o poder pode ser legalmente exercido, contra sua vontade, sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, é impedir que cause danos aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é uma garantia suficiente.⁵⁰

Singer explica que esta é uma conclusão que tem como centro o conceito de pessoa como um ser pensante, para quem o eu e a existência produzem um sentido, alguém capaz de ver sua vida como um todo e, justamente por isso, tem o direito de viver ou morrer, conforme sua autonomia e liberdade.⁵¹

⁴⁹ Entrevista de José Saramago no site www.uol.com.br, consultado em 19.12.2011.

⁵⁰ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Londres: Dent, 1960.p. 72-73 *apud* SINGER, Peter. *Op cit.* p. 270.

⁵¹ SINGER, P. *op cit.* p. 271. **Para argumentos específicos referentes à eutanásia**, ver SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1994 p. 191 e ss.

Isto porque, segundo o mesmo autor, as evidências demonstram que o medo do sofrimento é muito maior do que o medo da morte no final da vida e, “o próprio argumento que tão firmemente apoia o reconhecimento e a proteção do direito de cada indivíduo à vida” – que seria o medo da morte e ameaça da convivência pacífica - , “também apoia o direito à assistência médica para a morte, quando estiver de acordo com o pedido persistente, informado e autônomo do indivíduo”, assim como já se reconhece na Holanda e em Oregon, por exemplo.⁵²

Por tudo isso, partindo-se de uma concepção antropológica que considera o homem como ser autônomo moralmente, sendo dotado de liberdade, e tendo por base a necessidade de resguardar essas características como condição de garantia da sua essência humana, a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não se pode negar a qualquer indivíduo, tanto quanto o direito à vida, seu direito à morte e qualquer outra ação sobre sua integridade física que não ultrapasse essa esfera de disponibilidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BARELLI, Ettore. PENNACCHIETTI, Sergio. **Dicionário das citações**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

⁵² *Idem*. p. 289-290.

- CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2004.
- CHARLES, Sébastien. **Cartas sobre a hipermodernidade**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: atlas, 1994.
- FERRY, Luc. **Aprender a viver**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 1996
- HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Globo, 2009.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2005.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.
- MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006.
- MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. São Paulo: Paulus, 1980.
- PRECHT, Richard David. **Quem sou eu?** São Paulo: Ediouro, 2009.
- SARAMAGO, José. **Entrevista** no site www.uol.com.br, consultado em 19.12.2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**,

in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SINGER, Peter. **Vida ética.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

_____. **Ética prática.** São Paulo: Martins Fontes, 1994.

TAYLOR, Charles - Sources of the Self: the making of the modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética.** 6ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2007.

WOLFF, Francis. As quatro concepções do homem. *In* NOVAES, Adauto. **A condição humana** . São Paulo: Agir, 2008.