

ISSN 1518-2010

ANO 4
VOL 15
JUL/SET
2003

RTDC

REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL

Ana Luiza Maia Nevares
Antônio Pinto Monteiro
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Carlos Nelson Konder
Fabiola Santos Albuquerque
Fabrício Silva de Carvalho
Frederico Eduardo Zenedin Glitz
Gustavo Tepedino
José Narciso da Cunha Rodrigues
J. P. Sepúlveda Pertence
Leonardo Mattietto
Luiz Paulo Vieira de Carvalho
Natalino Irti
Roberta Monnerat Alves
Rose Melo Vencelau
Silmara Juny de Abreu Chinelato

ENTREVISTA COM:

Prof. Fábio Konder Comparato



PADMA
editora

ENSAIOS
JURISPRUD
PARECERE
ATUALI
DOUTRIN
ATUALIDADE
DIALOGO
JURISPRUI
ENSAIOS PARE
ATUALIDAL

ISSN 1518-2010

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista trimestral de direito civil. — v.15 (julho/setembro 2003)

— Rio de Janeiro: Padma, 2000-.

v.

Gustavo Tepedino

Trimestral

1. Direito — Periódicos brasileiros.

95-1227.

CDU — 34(07)

O papel da magistratura, por outro lado, não é o de guardião da vontade privada, mas m da ordem pública constitucional. A criação pelo juiz do dispositivo aplicável aos conflitos e interesse deve significar a expressão do controle social quanto à consecução dos princípios onstitucionais, adquirindo a prestação jurisdicional uma dimensão abrangente e decisiva na firmiação do Estado Social. A atividade meramente repressora da magistratura cede lugar, ssim, à sua função proativa na construção de uma sociedade solidária e igualitária, como retendeu o constituinte de 1988.

As relações entre a Constituição e o direito civil não podem ser reduzidas, portanto, a m problema de técnica legislativa. E a chamada constitucionalização do direito civil não coincide, como pretendem alguns, com uma utilização fugaz de princípios constitucionais or parte da magistratura, enquanto faltavam soluções legislativas específicas.

Cabe à magistratura — agora ainda com maior vigor, tendo em conta a nova codificação — harmonizar as fontes normativas, a partir da compreensão desta imbricação irreversível ntre a legislação infraconstitucional e a Constituição, a ser diretamente aplicada às situações isciplinadas pelo Código Civil. O papel do magistrado, diante do poder criador que lhe foi onferido pela técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indetermina-os, não é o de estabelecer os limites que juígue razoáveis para uma intervenção externa do stado-Juiz nos espaços de liberdade privada; é, ao contrário, o de identificar a função das tuações jurídicas subjetivas, e os deveres daí decorrentes para os seus titulares, interpretan-o-as de acordo com a tábua constitucional de valores. O aspecto funcional das categorias irídicas não equivale a uma restrição externa imposta pelo Estado, mas lhes é interno e nanente; o elemento funcional, informado, em última análise, pela Constituição da Repú-lica, define a disciplina do caso concreto e altera estruturalmente todos os institutos de ireito privado.

A tarefa do intérprete ganha, pois, nova legitimidade, instado a desvendar os deveres riundos desse comprometimento interno e funcional dos institutos de direito civil na tutela e bens jurídicos socialmente relevantes. Que a presença do novo Código Civil sirva para onsolidar — e jamais arrefecer — este trabalho hermenêutico de afirmação da Constituição, esenvolvido pela doutrina e jurisprudência nos últimos quinze anos.

G.T.

ANO 4
VOL. 15
JUL/SET
2003

RTDC

REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL

SUMÁRIO

Doutrina	1
Erro e Teoria da Imprevisão - <i>Antônio Pinto Monteiro</i>	3
A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual - <i>Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Frederico Eduardo Zenedin Glitz</i>	21
O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes - <i>Carlos Nelson Konder</i>	41
Liberdade de contratar e livre iniciativa - <i>Fabiola Santos Albuquerque</i>	73
Os juros legais e o art. 406 do Código Civil - <i>Leonardo Mattietto</i>	89
O novo Código Civil - Sucessões - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - A nova ordem de vocação hereditária, <i>Luiz Paulo Vieira de Carvalho</i>	107
Nullismo e método jurídico - <i>Natalino Irti</i>	133
Experiência Estrangeira	145
Das liberdades económicas à cidadania europeia - Uma perspectiva jurisprudencial - <i>José Narciso da Cunha Rodrigues</i>	147
Jurisprudência	165
STJ - Recurso Especial nº 319.707-SP (2001/0047428-4). Código de Defesa do Consumidor. Plano de saúde. Limitação de direitos. Admissibilidade.....	167

O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos *wannabes*

CARLOS NELSON KONDER

1. Introdução. 2. O surgimento do Biodireito e da Bioética. 3. Os conceitos jurídicos frente aos fatos científicos. 4. Recurso aos princípios constitucionais. 5. O princípio da dignidade da pessoa humana. 6. Do consentimento patrimonial ao consentimento livre e esclarecido. 7. Consentimento nos atos de disposição do corpo. Os *wannabes*. 8. Consentimento na mudança de sexo. 9. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

O *consentimento* é um daqueles conceitos jurídicos tradicionais que sobreviveu à época em que foi cunhado, mas não sem que seu significado fosse modificado e sua importância relativizada em função de novas situações surgidas, em especial aquelas do Biodireito. Sua problematização, em verdade, é representativa de um movimento maior, uma mudança radical na própria perspectiva filosófica que fundamenta o direito. Enquanto o liberalismo jurídico, que permeou o século XIX, justificava a dicotomia entre direito público e privado, na qual se protegia o indivíduo frente ao Estado e sua autonomia frente aos demais particulares, o direito contemporâneo elege a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento, que se infiltra em todas as normas inferiores, dissipando a dicotomia tradicional. Nesse sentido, o conceito de consentimento, forjado em um contexto de proteção à autonomia da vontade individual, também se transforma, de maneira a proteger a dignidade da pessoa prioritariamente, ainda que mediante o sacrifício de sua vontade.

A nova compreensão do consentimento, de seus limites e de sua função, no campo do Biodireito, é o tema deste artigo.

2. O SURGIMENTO DO BIODIREITO E DA BIOÉTICA

O "breve" século XX — na consagrada leitura de Eric Hobsbawn — foi um século marcado por massacres, genocídios e tragédias¹. Já para Karel Kosik, neste século que

começou com tiros em Sarajevo, em 1914, e acabou com tiros em Sarajevo, em 1991, o trágico foi substituído pelo grotesco, "arrastado na correnteza da banalização".²

Trágico ou grotesco, uma das maiores atrocidades desse século ocorreu no curso da Segunda Guerra Mundial. As barbaridades cometidas nos campos de concentração foram um marco sombrio e inolvidável na história das agressões à pessoa humana.³

A revelação, ao fim da guerra, de experimentos realizados com seres humanos sob pretexto científico⁴ sensibilizou a comunidade internacional e deu origem a um movimento de normatização, através de declarações de direitos, no sentido de fortalecer a proteção da pessoa humana.

A primeira declaração foi o Código de Nuremberg (1947), elaborado por iniciativa daqueles que julgaram os 23 médicos acusados de realizar experimentos cruéis e inumanos

nos campos de concentração. No ano seguinte veio a Declaração Universal dos Direitos Humanos, "a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores".⁵

Um novo passo foi dado pela Assembléia Médica Mundial, em 1964, aprovando a Declaração de Helsinque, que traz normas detalhadas sobre a experimentação em seres humanos.⁶ E muitas outras normas internacionais seguiram e aprofundaram este movimento, como os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem (UNESCO, 1997) e a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Conselho da Europa, 1997), entre outras.

Os grandes avanços científicos ocorridos na segunda metade do século XX, especialmente a partir da década de 1970, e a conseqüente "revolução tecnológica" e suas aplicações no campo da biomedicina deram nova força a este movimento. As novas tecnologias causaram um mal-estar que permeou todo o final do século XX.⁷ Congelamento de embriões,

5 Norberto Bobbio, "Presente e futuro dos direitos do homem". In: *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 27.

6 A Declaração de Helsinque — que vem sendo periodicamente atualizada, datando a quinta versão de 1989 — também vem em reação a agressões à pessoa humana em pesquisas supostamente científicas, desta vez nos Estados Unidos. O Código de Nuremberg costumava ser visto como uma legislação para circunstâncias excepcionais, inaplicável às pesquisas normais ("good ethics for the barbarian", declarou à época o professor Jay Katz). Este arraigado paternalismo médico, que fazia os médicos se verem como imunes ao mal inoculado nos nazistas, somente foi vencido a partir da revelação de uma série de atozes experimentos realizados em território americano. Foram relatadas experiências com base em radiação realizadas durante a guerra fria (1940-60), a tentativa de transplantar o rim de um chimpanzé para homem sem estudos animais anteriores (1963), um estudo sobre os efeitos do LSD sobre a personalidade a longo prazo com 24 pessoas mal informadas ganhando US\$2 por hora, a injeção de células vivas cancerosas para verificar a reação imunológica (1966) e, principalmente, o escândalo Tuskegee, em Macon County, Alabama. Neste último, durante quarenta anos (1932-1972), 399 homens negros portadores de sífilis não foram informados sobre sua moléstia e não receberam tratamento, com o objetivo de verificar os estágios e efeitos do desenvolvimento natural da doença, apesar de já comprovada a eficácia do tratamento por penicilina. Em 1995, o presidente Bill Clinton pediu desculpas à nação americana pelo incidente. Foi apenas com a revelação de tais experimentos que a comunidade médica americana passou a aplicar mais fielmente as normas de experimentação. Cf. Jonathan D. Moreno, *op. cit.* Sobre o caso Tuskegee, v. Gregory E. Pence, *op. cit.*, pp. 231-250, e Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 267-268.

7 Eric J. Hobsbawm afirma: "Nenhum período da história foi mais penetrado pelas ciências naturais nem

1 "Não apenas porque sem dúvida ele foi o século mais assassino de que temos registro, tanto na escala, freqüência e extensão da guerra que o preencheu, mal cessando por um momento na década de 1920, como também pelo volume único das catástrofes humanas que produziu, desde as maiores fomes da história até o genocídio sistemático" (Eric J. Hobsbawm, *Era dos extremos. O breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 22).

2 "O século de Grete Samsa: sobre a possibilidade ou a impossibilidade do trágico no nosso tempo." In: *Matraga* n. 8, março 1996. Disponível em <http://www2.uerj.br/~pgletras/revista/kosik.htm>, acesso em 26 jan. 2001.

3 É de Hannah Arendt a análise mais precisa: "Os campos destinam-se não apenas a exterminar pessoas e degradar seres humanos, mas também servem à chocante experiência da eliminação, em condições cientificamente controladas, da própria espontaneidade como expressão da conduta humana, e da transformação da personalidade humana numa simples coisa, em algo que nem mesmo os animais são..." (*Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 489), e ainda: "Não há paralelos para comparar com algo a vida nos campos de concentração. O seu horror não pode ser inteiramente alcançado pela imaginação justamente por situar-se fora da vida e da morte" (*idem*, p. 494).

4 Relatam-se judeus sendo submetidos a câmaras de descompressão para calcular o ponto de explosão dos pulmões (de maneira a viabilizar vôos em grandes altitudes para evitar fogo antiaéreo inimigo), a exposição a temperaturas polares e a congelamento (para testar métodos de ressuscitação aplicáveis aos pilotos da *Luftwaffe* ejetados nas águas do mar do norte) e a ingerir somente água salgada, assim como a queimaduras por gás mostarda, corte de ossos, músculos e nervos, injeções de vacinas, soros cancerígenos e hormônios e também remédios, gases e venenos. O maior exemplo de supremacia da ciência sobre qualquer valor de dignidade humana. Cf. Jonathan D. Moreno, "The dilemmas of experimenting on people", na internet, acessado em 23 set. 1999, em <http://www.techreview.com/articles/july97/moreno.html> e Gregory E. Pence, *Classic cases in medical ethics*, 2ª ed. McGrawHill Inc., New York, 1995, pp. 226-229.

cirurgia de mudança de sexo, proliferação de transplantes e novas técnicas de reprodução assistida, entre tantas outras situações inéditas, impuseram uma nova reflexão para avaliar suas conseqüências e, do mesmo modo, proteger a pessoa.

A partir desta reflexão, que se passou a denominar Bioética e a definir-se como o "estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde à luz de valores e princípios morais"⁸, começaram a surgir novas normas de proteção à pessoa. A partir dos iniciais estudos, diretivas e orientações éticas, passou-se à consagração de normas de conduta (deontológicas) e direitos. É neste movimento de criação de normas de proteção da pessoa face à atividade científica — originado a partir da reação às pesquisas científicas com seres humanos e corroborado pela discussão sobre o impacto das novas tecnologias — que se localiza o biodireito.⁹

Pode-se afirmar que o biodireito nasce gravado pela marca da proteção da pessoa humana face à ciência. De fato, mesmo as normas de conduta médica anteriores, assim como as discussões sobre temas como o aborto e a eutanásia, foram abarcadas por essa perspectiva e passaram a ser abordadas pela ótica prioritária de salvaguarda da pessoa e controle da ciência.

A gênese histórica também explica uma peculiaridade estrutural do biodireito: seu caráter fragmentário e sua deficiente eficácia. O biodireito, por se construir inicialmente a partir de declarações de direitos, em reação a novas técnicas científicas, não se apresenta como um corpo sistemático inserido no interior de um ordenamento jurídico. Ao contrário, constitui-se de normas esparsas oriundas de situações concretas.¹⁰ Pelo mesmo motivo, estas

normas têm sua aplicação mais problemática enquanto não são internalizadas de maneira específica — o que costuma acontecer com atraso.

Isto leva muitos a rejeitarem o termo "biodireito" e a qualificarem-no como um projeto, algo que ainda está por se concretizar.¹¹ No entanto, visto como um modelo de juridicidade não convencional, as fragmentárias normas de biodireito encontram fundamento final e ponto de coerência no princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o biodireito surge como um conjunto de normas de proteção à pessoa face à atividade científica e biomédica.

3. OS CONCEITOS JURÍDICOS FRENTE AOS FATOS CIENTÍFICOS

Este breve histórico traçado é pertinente não somente para indicar as características gerais e essenciais do biodireito — que conferem seu caráter genérico de proteção à pessoa —, mas serve também para demonstrar como tais características estão estreitamente relacionadas à conjuntura histórica e cultural que lhes deu origem. Neste ponto, é necessário desfazer alguns equívocos acerca do processo de normatização dos fatos científicos.

A atividade científica cria, por vezes, situações completamente novas, inimagináveis. Assim, um direito excessivamente dogmático, pautado em rígidas chaves classificatórias e em conceitos arcaicos, mostra-se inadequado ao tentar reger os novos fenômenos.¹²

Em face desta inadequação, ou insuficiência, é recorrente o equívoco de buscar nas qualidades biológicas ou nas características naturais do objeto uma determinação direta e imediata de sua qualificação jurídica. Justifica-se, por exemplo, o estatuto jurídico do embrião com base no número de células que possui ou os direitos dos transexuais a partir de dados endocrinológicos.

normes plus souples de nature très variée" (*Les normes internationales de la bioéthique*. Paris: PUF, 1998, p. 17).

¹¹ Cf. José Roque Junges, *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 130.

¹² É a conclusão de Heloisa Helena Barboza: "(...) parece chegado o momento de se reconhecer a existência de um questionamento conceptual, a exigir uma análise teórica das categorias jurídicas envolvidas na bioética, visto que a dicotomia entre pessoas e coisas, nos conceitos assentes, não vem se mostrando adequada diante da complexidade dos novos fenômenos" ("Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos". In: Heloisa Helena Barboza (org.), *Temas de direito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9).

mais dependente delas do que o século XX. Contudo, nenhum período, desde a retratação de Galileu, se sentiu menos à vontade com elas" (*op. cit.*, p. 504).

⁸ Warren Reich (org.), *Encyclopedia of Bioethics*. MacMillan, 1979. Ressalta Heloisa Helena Barboza: "Talvez esse [seja] o maior mérito da Bioética: sistematizar (ou ao menos tentar) o tratamento de questões diversas, mas que devem guardar entre si, necessariamente, princípios e fins comuns" ("Princípios da bioética e do biodireito". In: *Revista Bioética* vol. 8, n. 2, 2000, p. 210. Na internet, em <http://www.cfm.org.br>, acessado em 20 set. 2002).

⁹ Cf. Heloisa Helena Barboza e Vicente Barretto. "Biodireito". In: André-Jean Arnaud (org.), *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 69-73.

¹⁰ Noëlle Lenoir e Bertrand Mathieu destacam: "C'est en effet l'une des spécificités du droit international de la bioéthique, retenu ici dans son sens le plus extensif, que de rassembler, tel un kaléidoscope, une variété d'expressions normatives qui s'interpénètrent les unes les autres tout en parvenant à former un corpus relativement cohérent. Ce droit se caractérise ainsi par la coexistence de règles impératives et de

A falha deste raciocínio está fundada na errônea crença na existência de uma ordem conceitual perfeita, fruto de uma racionalidade atemporal¹³. Se qualquer ciência é permeada pelo contexto em que surge¹⁴, o Direito, como produto social, certamente não foge à regra. A qualificação jurídica de um fato é sempre determinada por opções históricas, culturais e ideológicas da sociedade em que se insere.¹⁵

Desse modo, ao justificar a incidência de tais ou quais normas por meio de uma suposta "naturalidade", de uma dogmática neutra e racional, oculta-se a opção política que a sustenta, além de deixar de reconhecer as diversas possibilidades de tratamento a um novo fato que se descortinam.¹⁶ Esta é a lição precisa de Pietro Perlingieri:

"Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar. (...) O conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa-se levar em conta que os conceitos e os instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos, haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época, terá os seus próprios mecanismos."¹⁷

O biodireito revela a impossibilidade de uma aplicação mecânica da dogmática arcaica aos novos problemas, inviabilizando uma neutralidade positivista e forçando o reconhecimen-

13 Sobre esta "estratégia naturalizadora do direito", v. António Manuel Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1998; especialmente pp. 15-22.

14 V., por todos, Thomas S. Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000, *passim*.

15 Novamente é precisa a lição de Heloisa Helena Barboza: "Toda qualificação retoma um ato fundamental de avaliação, ou seja, de dar o nome, não porque 'parece' com a coisa, mas o nome que a coisa 'merece', ou ainda que lhe convém, não pela coisa em si, mas pelo destino a que se quer submetê-la, em virtude de determinações fundamentalmente políticas" ("Bioética x Biodireito...", *cit.*, p. 21).

16 Ressalta Claire Neirinck: "Le viel adage anglais n'affirme-t-il pas que le parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme? Or, à travers leur demande de rectification d'état-civil, les transsexuels ont finalement obtenu que les juges réalisent cette inconcevable transformation" ("Le droit à la recherche de ses catégories". In: Claire Neirinck (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 154).

17 "Normas constitucionais nas relações privadas". In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999, pp. 63-64.

to do conteúdo ético dos conceitos. A leitura rígida do aparato conceitual não é adequada, uma vez que põe o Direito a reboque das novas técnicas da ciência.

Se as descobertas tecnológicas em geral podem dar origem a *conflitos de qualificação*, os casos do biodireito se mostram ainda mais desafiantes, uma vez que atingem conceitos, como o de pessoa, fundamentais à própria causa e finalidade do direito.¹⁸ Especialmente no campo do direito privado, onde os esquemas conceituais encontram-se mais arraigados e a mentalidade dos intérpretes menos aberta, esta nova conjuntura atinge o processo de realização do direito de maneira violenta, exigindo um mecanismo pós-positivista de aplicação do direito.

Frente a esta situação de inépcia do modelo sistemático da modernidade, vêm ganhando força especial no setor do biodireito uma série de correntes que costumam ser agrupadas sob a denominação de "pós-modernismo jurídico".¹⁹

Tais correntes repudiam as tendências generalizadoras e racionalizadoras da modernidade, assim como as clássicas dicotomias natureza/cultura e sujeito/objeto, enfatizando a perspectiva micro e subjetiva (todo conhecimento é autoconhecimento), valorizando o particular em detrimento do geral, o caso ao invés do sistema e o compromisso, o testemunho ou a política em lugar da verdade (caráter retórico da ciência). Ressaltam a heterogeneidade e a diversidade de paradigmas; valorizando o multiculturalismo e o pluralismo jurídico — sobreposição e interpenetração de vários espaços jurídicos. Salientam o caráter local do

18 Claire Neirinck destaca esta distinção: "Toute progrès scientifique, toute technique nouvelle a une incidence juridique. Le droit ne peut les ignorer et doit les intégrer. Ainsi l'apparition de la photographie a favorisé l'émergence et la reconnaissance du droit à l'image, l'esor de l'automobile a imposé l'assurance obligatoire, et, à travers elle, une nouvelle conception de la responsabilité civile, indépendante de la notion de faute. Les exemples pourraient être multipliés à l'infini. Mais la question qui est aujourd'hui posée au législateur est d'une toute autre nature. Les progrès de la médecine et de la biologie remettent en cause le droit lui-même" (*op. cit.*, p. 153).

19 Sobre o tema, v. Boaventura de Sousa Santos, *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, vol. 1: *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000; António Manuel Hespanha, *op. cit.*, p. 246 e ss., e, para uma leitura crítica e historicizada do pensamento pós-moderno, v. Sergio Paulo Rouanet, *O mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, *passim*, e Anthony Giddens, *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991, *passim*. No âmbito do direito, Paulo Ferreira da Cunha, *Pensar o direito*. Coimbra: Almedina, 1991, *passim*. No campo da bioética, Patrizia Borsellino, "La bioetica: terreno di confronto e di scontro tra 'moderno' e 'post-moderno'". In: *Sociologia del diritto*, v. XXIII, n. 1, Milano: Franco Angeli, 1996.

direito, grifando a autenticidade e espontaneidade do "direito cotidiano" assim como o valor do "senso comum", em oposição ao conhecimento científico. Defendem a flexibilidade e o caráter simbólico do direito.

Posto seja de grande importância o diagnóstico traçado pelos arautos da "desconstrução" e "desregulamentação", faz-se aqui uma opção metodológica por buscar caminhos entre os próprios mecanismos sistemáticos e racionalizadores da ciência moderna, por meio da hermenêutica da principiologia constitucional.

4. RECURSO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A insuficiência dos conceitos jurídicos tradicionais, no entanto, não significa uma deficiência do ordenamento, bastando que se abra mão de uma perspectiva hermética e auto-referenciada, de matriz positivista, em favor de uma leitura mais aberta do sistema. A abertura do sistema jurídico²⁰ remete aqui à superação da sua equiparação aos sistemas axiomáticos, pautados pela lógica formal e pela neutralidade dos enunciados, destacando, em seu lugar, a natureza argumentativa do discurso jurídico.²¹

Nesta nova leitura do ordenamento, os princípios jurídicos desempenham papel fundamental. Eles funcionam não apenas como normas superiores que garantem unidade interior e coerência valorativa ao sistema, mas também como postulados argumentativos que propiciam a abertura do sistema através da interseção com fundamentos éticos, sociais e culturais.

Entre eles, os princípios constitucionais têm proeminência: estabelecidos pela soberana assembléia constituinte, eles, assim como as demais normas constitucionais, dispon-

20 Na definição pioneira de Claus-Wilhelm Canaris, "entende-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e modificabilidade do sistema", colocada como incompletude e provisoriidade do conhecimento do conhecimento científico e modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 104 e ss.).

21 A ligação é estabelecida por Teresa Negreiros: "Com efeito, sustentar a abertura do sistema jurídico significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa, por outras palavras, admitir que o Direito, como dado cultural, não se traduz num sistema de 'auto-referência absoluta'" (*Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 162-163).

tam no topo do sistema jurídico, provendo o ordenamento com unidade, coerência e sistematicidade.²²

Tal concepção, sobretudo no tocante à normatividade dos princípios, decorre de uma mudança histórica de perspectiva. Enquanto numa fase jusnaturalista os princípios eram emanações de um direito ideal, de cunho abstrato e metafísico, e no contexto positivista eram considerados fontes subsidiárias, na fase contemporânea, denominada pós-positivista, os princípios ganham hegemonia axiológica, convertendo-se em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o sistema jurídico.²³

Contudo, o seu conceito ainda é alvo de diversas discussões. Face à inaptidão de critérios de distinção como a generalidade e indeterminação — uma vez que, apesar de muitas vezes os princípios serem normas com elevado grau de abstração, "eles não se formam por um processo de generalização (ou de abstração) crescente"²⁴ —, Marcelo Campos Galuppo identifica duas correntes que buscam novos critérios para diferenciar os princípios das demais normas.²⁵

Uma primeira corrente, defendida sobretudo por Robert Alexy, entende que os princípios são mandados de "otimização", que determinam que algo seja realizado na maior medida possível.²⁶ Isto significa que, diferentemente das regras (razões definitivas), os princípios não se aplicam em qualquer situação (razões *prima facie*). Desse modo, a solução de um conflito entre princípios é resolvida na dimensão do peso (e não da validade, como nas regras), por

22 Em conexão com a abertura do sistema, afirma Teresa Negreiros: "Um sistema do tipo aberto, ao contrário, é justificado pela primazia constitucional, exatamente porque postula como eixo normativo a Constituição, cujos princípios não são passíveis de interpretação puramente lógico-formal, impondo-se inclusive o estabelecimento de parâmetros de comunicação entre o sistema jurídico e o sistema social para efeito de sua concreção" ("Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios". In: Ricardo Lobo Torres, *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 351).

23 Cf. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 232-238.

24 Marcelo Campos Galuppo, "Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação". In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 143/191-210, jul.-set. 1999, p. 192.

25 *Idem*, pp. 192 e ss. Ana Paula de Barcellos destaca a existência de outros critérios de distinção, mais imprecisos, como o conteúdo, a origem, a validade, o compromisso histórico, a função no ordenamento, a estrutura lingüística e o esforço interpretativo exigido (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 47-50).

26 Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87.

meio de uma ponderação, uma hierarquização no caso concreto. Embora Alexy afirme que o conceito de princípio não se confunde com o de valor, pois enquanto o primeiro se situa no plano deontológico (*dever ser*), o segundo encontra-se no plano axiológico (*bem*), para a segunda corrente isto culmina com uma criticável concepção axiológica do direito.²⁷

Para esta outra corrente, seguida por Klaus Günther e Jürgen Habermas a partir do pensamento de Ronald Dworkin²⁸, o procedimento sugerido por Alexy para solucionar o problema da colisão de princípios os esvazia de seu caráter normativo. Tal mecanismo de preferência e mensuração condiz somente com o tratamento de valores. Princípios são normas, portanto atuam no plano do agir obrigatório, não do teleológico.²⁹ Conseqüentemente, não podem ter somente uma preferência no caso concreto ou ser aplicados na medida do possível — uma norma não pode ter uma pretensão de validade gradual.³⁰

Para estes autores, os princípios não são contraditórios no plano da justificação, mas concorrentes no plano da aplicação.³¹ Diversamente das regras, que se aplicam de maneira "tudo ou nada"³², com exceções previamente enumeráveis, um princípio excepciona a aplicação do outro no caso concreto.³³ É um procedimento que não supõe uma gradação, mas uma cessão, que não toca ao plano da validade, mas ao da aplicação. Os princípios são,

portanto, definidos, em oposição às regras, como *normas cujas condições de aplicação não são predeterminadas*.³⁴

O que se deve depreender desta controvérsia é a busca por um rigor cada vez maior na concepção dos princípios como normas.³⁵ A consagração do caráter normativo dos princípios pela melhor doutrina³⁶ é pertinente ao contexto aqui em exame, na medida em que integra aquela nova leitura (pós-positivista) do ordenamento jurídico.

Sobressai, portanto, a atuação poderosa e incisiva no direito dos princípios, sob múltiplas formas e com diversas funções. Destaca-se o papel hermenêutico e argumentativo determinante: configuram "genuínos vetores exegéticos"³⁷, critérios inafastáveis à interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e inferiores. Irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, traçando um crivo de constitucionalidade, desprovido de validade toda e qualquer norma que a eles se contraponha. Neste ponto, tornou-se clássica a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo."³⁸

34 Cf. Jürgen Habermas, *op. cit.*, pp. 217 e ss.

35 Gisele Cittadino indica que os constitucionalistas brasileiros, seguindo o modelo alemão da jurisprudência de valores, assumem uma posição comunitarista, que é caracterizada pela interpretação orientada por valores (*Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999; especialmente pp. 14-73). Vale ressaltar, contudo, que mesmo os juristas indicados pela autora costumam defender o caráter normativo dos princípios.

36 Como aponta Ana Paula de Barcellos (*op. cit.*, pp. 43-44), a classificação que posiciona princípios e regras como espécies do gênero norma é defendida, no estrangeiro, por Robert Alexy, Ronald Dworkin e J. J. Gomes Canotilho (poderíamos incluir Jürgen Habermas e Klaus Günther e, segundo Paulo Bonavides, os pioneiros Jean Boulanger, Vezio Crisafulli e Joseph Esser) e, na doutrina nacional, por Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau e Luís Roberto Barroso, entre outros.

37 Cf. Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 54.

38 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001; pp. 771-772.

27 Marcelo Campos Galuppo, *op. cit.*, p. 196.

28 Normalmente estas duas correntes são aproximadas pela doutrina (especialmente no sentido de incluir Dworkin na primeira, junto com Alexy, sem relevar suas distinções), como, por exemplo, pelo pioneiro Paulo Bonavides, *op. cit.*, p. 248.

29 Ronald Dworkin traça uma distinção, neste âmbito, entre princípios e diretrizes políticas (*Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 36 e ss.), que é assim resumida por Eros Roberto Grau: "Dworkin chama de *diretrizes* as pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social (...). Denomina *princípios*, por outro lado, as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas sim porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão da moral" (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 92).

30 Jürgen Habermas, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, pp. 255 e ss.

31 Enquanto para Alexy há uma relação de precedência condicionada, para Dworkin (segundo esta leitura), Habermas e Günther a aplicação de qualquer princípio depende de adequabilidade, pois eles só se aplicam no contexto adequado.

32 Cf. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 39 e ss.

33 Cf. Marcelo Campos Galuppo, *op. cit.*, p. 195.

Em especial, a normativa infraconstitucional civilística — no mais das vezes petrificada em um tempo pré-industrial e patrimonialista e examinada por uma doutrina reacionária através de olhos envelhecidos — deve ser revista à luz da tábua principiológica consagrada na Constituição de 1988.³⁹ Ignorar isto e, ao contrário, interpretar os princípios constitucionais à luz da legislação codificada significa violar o princípio da democracia, porque enquanto o Código Civil foi redigido por uma elite de juristas à luz dos valores da classe dirigente, o texto constitucional é de autoria da soberana assembléia constituinte.⁴⁰

Diante disso, torna-se claro que o biodireito, como campo de problematização de conceitos tradicionais e de inadequação de uma exegese mecanicista e redutora, mostra-se terreno fértil para a atuação dos princípios. Mas as vantagens de uma leitura jurídica dos *hard cases* colocados pelas inovações tecnológicas da biomedicina que seja guiada pelos princípios não se resume à "plasticidade inerente dos princípios"⁴¹, em oposição ao aspecto estático das regras, mas primordialmente aos elevados valores em jogo. Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana tem relevância ainda maior.

5. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana, positivada como princípio fundamental no art. 1º, III, da Constituição, tem um destaque especial no exame das questões jurídicas existenciais e é, sem dúvida, determinante para a análise de qualquer questão de biodireito, particularmente no tocante a uma releitura do conceito de consentimento.

A consagração da proteção à dignidade da pessoa humana é resultado de um longo percurso histórico e, embora finque raízes em contextos arcaicos, reflete uma concepção característica das últimas décadas, como uma reação aos horrores praticados na segunda guerra. Até então o individualismo jurídico foi a perspectiva dominante em todo o direito moderno.

39 Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, *passim*, especialmente pp. 1-22.

40 Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 70.

41 A expressão é de Daniel Sarmiento, *op. cit.*, p. 49.

O paradigma individualista desabrocha no direito sob a égide do jusnaturalismo. Calcado numa concepção de natureza humana individualista e racional, apoiada pelo racionalismo cartesiano e pelo nominalismo de Guilherme d'Occam, o sistema jurídico é todo construído a partir do indivíduo como valor original e fundamental e da pressuposição de direitos inatos, atribuídos pelo caráter naturalmente justo do poder da vontade.

Tal concepção é cristalizada nos códigos modernos, que passam a funcionar como repositórios do direito natural, monumentos legislativos definitivos. O individualismo jurídico persiste, deste modo, pelo século XIX, por meio da exegese dos códigos, aplicados sob a ilusão de eterna validade.⁴²

Esta perspectiva individualista não é exclusividade do direito, nem sequer das ciências sociais. Enraíza-se no modelo epistemológico das ciências naturais, que supunha que a compreensão do todo sistemático se faria partindo dos menores elementos indivisíveis (o átomo).⁴³ Todavia, assim como nas ciências naturais, também nas ciências sociais tal paradigma veio a revelar sua incapacidade na análise global. Fenômenos coletivos, como a linguagem, não são passíveis de explicação somente a partir da perspectiva individual.

O indivíduo isolado, que basta a si mesmo, representado pelo personagem de Robinson Crusoe, se revelou um mito incondizente com pessoas que nascem, vivem e morrem em grupos e cujas identidades são culturalmente construídas.⁴⁴ O sujeito humano não pode ser concebido como uma micro-célula autônoma (o *homo clausus*), a abertura em relação aos outros é uma necessidade.⁴⁵ É o que afirma Carlos Alberto Plastino:

42 Cf. Michele Giorgianni, "O direito privado e suas atuais fronteiras." In: *Revista dos Tribunais*, v. 747/35-55, ano 87, jan./1988, p. 38.

43 Cf. Carlos Alberto Plastino, "Os horizontes de Prometeu: considerações para uma crítica da modernidade". In: *Cadernos de teoria política moderna* — Departamento de Direito da PUC-Rio, ano II, n.1, 1996, pp. 12-13.

44 Charles Taylor realiza um aprofundado trabalho de demonstração de como as identidades dos seres sociais são moldadas pela prática e pelas relações na comunidade, em: *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997. No mesmo sentido, afirma Norbert Elias: "Todo indivíduo nasce num grupo de pessoas que já existiam antes dele. E não é só: todo indivíduo constitui-se de tal maneira, por natureza, que precisa de outras pessoas que existam antes dele para poder crescer" (*A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, pp. 26-27).

45 Maria Celina Bodin de Moraes, "O princípio da solidariedade". In: Manoel Messias Peixinho, Isabela Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (orgs.), *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 169.

"O indivíduo isolado é uma ficção. Como já sabia Aristóteles, somos 'animais políticos', o que significa não apenas que vivemos em sociedade mas que somos constituídos em e desde essa sociedade. Para além das fantasias à Robison Crusoe dos pensadores fundadores da modernidade, o saber produzido pela psicanálise nos aproxima dos complexos processos afetivos, intelectuais e corporais que nos constituem como seres desejantes no bojo da vida social."⁴⁶

O individualismo, além de sua insuficiência científica, produziu graves consequências sociais e políticas, comparáveis somente ao seu extremo oposto, levado a cabo por regimes totalitários, nos quais o homem é instrumentalizado para atender aos fins do Estado. Esta é a conclusão de Norbert Elias:

"só pode haver uma vida comunitária mais livre de perturbações e tensões se todos os indivíduos dentro dela gozarem de satisfação suficiente; e só pode haver uma existência individual mais satisfatória se a estrutura social pertinente for mais livre de tensão, perturbação e conflito. A dificuldade parece estar em que, nas ordens sociais que se nos apresentam, umas das duas coisas sempre leva a pior."⁴⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana representa não um meio-termo, mas uma superação de tal dicotomia, apresentando uma concepção aberta, em que o indivíduo autônomo e solitário dá lugar à pessoa inscrita no seio social, solidária e responsável, tolerante diante da alteridade. Consagra que a pessoa humana nunca será um microcosmo indiferente às demais e que a liberdade individual deverá ser sopesada pela solidariedade, em nome da primazia das situações existenciais.⁴⁸

Impõe igualmente um núcleo de proteção da pessoa por meio da garantia de um mínimo existencial e pela atribuição de direitos e garantias fundamentais, que funcionam não como

46 Carlos Alberto Plastino, *op. cit.*, p. 4. Especificamente sobre o papel da psicanálise na relativização da autonomia, v. Marlene Braz, "Autonomia: onde mora a vontade livre?". In: Fernanda Carneiro (org.), *A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999, pp. 91-100.

47 *Op. cit.*, p. 17.

48 Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, "O princípio constitucional da solidariedade", *cit.*, p. 177. Como indica a autora em outra ocasião, "a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana" (*Danos à pessoa humana... cit.*, p. 72).

os direitos subjetivos clássicos — instrumentos cunhados para a utilização patrimonial do poder da vontade —, mas como mecanismos de tutela do livre desenvolvimento da personalidade.

O princípio, ao redefinir juridicamente a inserção do sujeito junto aos seus semelhantes, coloca-se como novo "epicentro axiológico da ordem constitucional"⁴⁹, provendo o próprio texto constitucional de unidade sistemática e valorativa. Isto é, o princípio da dignidade da pessoa humana, como os outros princípios constitucionais, é uma norma que se irradia por todas as demais do ordenamento, mas por seu objeto fundacional, traz a peculiaridade de ter um impacto ainda mais intenso sobre as demais normas.

Este aspecto fundacional não implica, vale ressaltar novamente, limitações quanto à sua aplicabilidade direta às situações concretas: ao contrário, diversos casos, especialmente no biodireito, serão resolvidos através da incidência direta e imediata do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁰

Este princípio tem intrínsecas ligações com o biodireito, que já são reveladas pela gênese histórica semelhante: ambos frutos de um contexto de proteção à pessoa da segunda metade do século XX, em reação às desumanidades cometidas durante a guerra. Principalmente, as situações colocadas pelo biodireito exigem um novo vigor na aplicação do referido princípio, em razão da pertinência dos bens jurídicos envolvidos e da impossibilidade do tratamento dogmático convencional. É o que destaca Daniel Sarmento:

"Na virada do milênio, novas questões apresentam-se no cenário jurídico, impostas pelos avanços científicos em campos como o da genética e da biotecnologia, desafiando o jurista a buscar soluções para intrincadas questões éticas que, no mais das vezes, ainda não encontraram eco no direito legislado infraconstitucional. Problemas como o "descarte de embriões", dos úteros de aluguel e muitos outros exigem equacionamen-

49 O termo é de Daniel Sarmento (*op. cit.*, pp. 59-60).

50 Assim afirma Cleber Francisco Alves: "Entendemos que é preciso admitir que os princípios constitucionais, como o que consagra a dignidade da pessoa humana, podem servir de fonte autônoma de solução jurídica — ou 'juízos concretos de dever ser', na conhecida expressão de Alexy — para determinados casos onde, apesar da ausência de regras específicas, se depare com uma situação concreta submetida à decisão judicial que deva ser regulada de modo a salvaguardar a proeminência dos valores existenciais da pessoa humana" (*O princípio constitucional da dignidade de pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 135 — grifos do autor).

to jurídico, que tem de se pautar, necessariamente, pela compreensão profunda do significado da dignidade da pessoa humana.⁵¹

Neste âmbito, destaca-se um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual poderíamos denominar subprincípio da *não mercantilização da pessoa*. Ele determina que os aspectos existenciais da pessoa humana devem ser regidos por uma lógica própria, distinta da lógica aplicável aos aspectos patrimoniais. Impõe uma barreira contra a possibilidade de que bens jurídicos inestimáveis sejam negociados como se se tratasse de uma transação mercantil.

Isto decorre da própria expressão dignidade na sua concepção kantiana: dignidade é um atributo das pessoas, enquanto o preço é atributo de coisas.⁵² Implica também distinção com relação à expressão "qualidade de vida" que, em diversas de suas versões, pressupõe um cálculo utilitarista e uma lógica consequencialista, incondizente com a dignidade.⁵³ Insere-se também em um movimento mais amplo de repulsa à invasão da esfera das relações intersubjetivas por lógicas comerciais, que vem sendo diagnosticado pelos filósofos contemporâneos.⁵⁴

Tal subprincípio vem concretizado pela regra do art. 199, § 4º da Constituição, *verbis*:

"§ 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento,

51 *Op. cit.*, p. 65.

52 É o que ressalta Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana... cit.*, p. 81.

53 Cf. Roberto Andorno, *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 31 e ss.

54 Embora oriundos de matrizes diferentes, Michael Walzer e Jürgen Habermas podem ser aproximados para este fim. Walzer sugere uma justiça de viés plural, de acordo com o contexto histórico e cultural — daí sua matriz comunitária — que o leva a defender que diferentes bens sociais devem ser divididos por diferentes razões, de acordo com diferentes lógicas e conforme diferentes procedimentos. Desse modo, cabe ao direito bloquear certos intercâmbios (*blocked exchanges*), não permitindo que a lógica de uma esfera — como a do comércio — passe a guiar as demais. (*Spheres of justice*, Basic Books, 1983, *passim*). Habermas refere-se à "colonização do mundo da vida" pelos imperativos do sistema (econômico e burocrático), devendo o direito impedir que o dinheiro e o poder invadam a esfera das relações intersubjetivas (*op. cit.*, especialmente pp. 53-56). Sobre as diferenças entre os autores, v. Gisele Cittadino, *op. cit.*, especialmente pp. 107-128.

bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização".⁵⁵

O preceito constitucional, embora deixe certa abertura de regulação para o legislador infraconstitucional, impede qualquer tipo de comercialização nas atividades referentes à integridade física, atos de disposição do corpo e experimentação em seres humanos, sejam tais atividades de tratamento médico ou de pesquisa científica. Ao dispositivo, por corroborar o princípio da dignidade da pessoa humana, não cabe interpretação restritiva, sendo aplicável a todos os casos do biodireito.

A partir de tais preceitos constitucionais, apresenta-se como consequência necessária que instrumentos jurídicos de cunho patrimonial deverão ser reformulados — ou ao menos reinterpretados — para que se possam aplicar às situações existenciais. Isto é, institutos jurídicos clássicos do direito civil deverão ser revistos para sua utilização no biodireito.

6. DO CONSENTIMENTO PATRIMONIAL AO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

O consentimento é um elemento dos atos jurídicos em geral, mas, utilizado numa acepção mais ampla e com menor rigor técnico, expressa todo movimento de aquiescência, de autorização, enfim, de manifestação de vontade favorável, com efeitos jurídicos obrigacionais.⁵⁶

Na acepção tradicional, é um instrumento condizente com o sistema de direito civil individualista e patrimonialista, conforme o molde da conjuntura histórica em que foi cons-

55 Grifos nossos. Cleber Francisco Alves, inclusive, destaca: "A idéia de pessoa humana concebida pela Constituição brasileira de 1988 revela-se de modo mais claro no conjunto de direitos fundamentais por ela consagrado. Entretanto, essa idéia também se expressa noutros dispositivos dispersos por todo o texto constitucional, tendo como vetor de sua unidade e coerência o princípio fundamental que afirma a dignidade da pessoa humana está consagrado logo no artigo primeiro da Carta Magna" (*op. cit.*, p. 131).

56 "Na terminologia jurídica significa manifestação favorável da vontade à prática de ato ou celebração de contrato ou obrigações. O termo é empregado também com o sentido de anuência, assentimento prévio, aquiescência, autorização, aprovação, consenso. O consentimento livre e lúcido é elemento dos atos jurídicos em geral" ("Consentimento". R. Limongi França (coord.), *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 239).

truído. Uma projeção da vontade do indivíduo como "ser conceitual pronto e acabado", "hipoteticamente livre e senhor de sua circunstância".⁵⁷ A proteção do consentimento é puramente formal, contra vícios extrínsecos que possam macular o exercício pleno da vontade, e o único parâmetro de adaptação às características concretas do agente é a capacidade de exercício de direitos.

O consentimento tradicional é estrutural e funcionalmente desenhado para a prática de atos de natureza patrimonial. Trata-se de uma projeção direta e imediata da autonomia privada — em sua acepção mais negocial.⁵⁸

Entendida neste sentido, a autonomia privada — e o consentimento como seu corolário — é um elemento do processo de juridicização da atividade econômica individual, do exercício de direitos subjetivos e de liberdade negocial. Não se confunde com a liberdade, no sentido amplo que lhe é atribuído atualmente, como explica Ana Prata:

"Autonomia privada não se vincula ao homem, mas ao sujeito jurídico econômico privado. (...) Autonomia privada não é uma manifestação da autodeterminação humana ou da liberdade individual, não são conceitos confundíveis, como são, em grande medida, antinômicos."⁵⁹

O consentimento, assim como outros instrumentos jurídicos negociais clássicos — o direito subjetivo, a obrigação, o contrato — nascem no seio do liberalismo, momento histórico em que o direito estava completamente voltado para a exaltação da atividade econômica do indivíduo, como a mais idônea para sua tutela.⁶⁰ A sua aplicação, assim como

57 Os termos são de Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 11 e 14, respectivamente.

58 O termo "autonomia privada" não é de conteúdo pacífico. Enquanto, v. g., para Ana Prata, "autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial" (*A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 13), para Pietro Perlingieri "A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito" (*Perfis do direito civil — Introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 275-276), sendo termo abrangente.

59 *Op. cit.*, pp. 75-77.

60 Cf. Michelle Giorgianni, "O direito privado e suas atuais fronteiras". In: *Revista dos Tribunais*, v. 747/35-55, ano 87, jan./1988, p. 41.

a dos demais instrumentos jurídicos mencionados, às situações extrapatrimoniais, era subsidiária e de menor importância — daí sua forma peculiarmente adequada às transações negociais.

Contudo, a série de transformações econômicas e sociais que atingiram o direito privado, impondo um controle de validade dos conceitos tradicionais, também atingiram a autonomia privada. Com o Estado social interventor, que passa a se imiscuir onde até então prevalecia o livre jogo econômico, com o direito privado perdendo seu aspecto individualista e os textos constitucionais assumindo o papel de proteção da pessoa, o consentimento, em sua acepção tradicional, transpõe como mais um conceito que se tornou inadequado.

Este processo inicia-se no âmbito dos próprios contratos patrimoniais: face à desigualdade entre as partes, a perspectiva individualista torna-se inapta e os limites à vontade passam de externos para internos, incluem-se na própria definição do instituto. A consideração da função social, a proteção ao equilíbrio econômico e, principalmente, o princípio da boa-fé objetiva são determinantes nesta transformação.⁶¹

O exemplo mais marcante é o direito do consumidor, no qual, face à hipossuficiência de uma das partes, o ordenamento preconiza diversos instrumentos, materiais e processuais, para sua proteção, entre os quais a responsabilidade objetiva, a vedação a práticas e cláusulas abusivas e a inversão do ônus da prova.

Além destes instrumentos, há casos em que a proteção do consumidor é ainda ampliada em virtude do objeto especial do contrato — sob incidência direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Muitos dos casos do biodireito se encontram nesta situação: contratos de prestação de serviços médicos que já se encontram tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, mas ainda acumulam proteção adicional, tendo em vista a peculiaridade da prestação contratada, que surte uma série de efeitos extrapatrimoniais.

Em especial, o poder da autonomia da vontade do paradigma individualista deixa de ser um valor em si, uma vez que o que deve prevalecer é a dignidade da pessoa humana. Em consequência, o consentimento, como instrumento de manifestação da vontade, vai sofrer severas modificações, tanto no seu conteúdo, como em sua forma. Afinal, nas palavras de Pietro Perlingieri:

"O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assina, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade

61 Sobre o tema, remete-se a Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim*.

de tentar perseguir o máximo lucro possível: à intuitiva diferença entre a venda de mercadorias — seja ou não especulação profissional — e o consentimento a um transplante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição. A prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental.⁶²

A começar pela forma, o consentimento no biodireito reveste-se de uma quantidade de peculiaridades de tal monta que é denominado distintamente “consentimento livre e esclarecido”.⁶³ Também chamado de “consentimento informado” ou “consentimento pós-informação”, é um instrumento do biodireito que teve grande evolução em sua trajetória. Nasceu do Código de Nuremberg como a afirmação da necessidade de consentimento para a pesquisa com seres humanos, em reação às experiências nazistas, generalizando-se por toda a prática médico-científica, sendo requisitado hoje para qualquer intervenção médica invasiva ou extraordinária.⁶⁴

Em sua evolução até a forma que hoje possui se destaca a preocupação com as peculiaridades da relação paciente-médico/cientista e do objeto de tal relação (tratamento médico ou experimentação científica). A condição necessariamente hipossuficiente em alto grau do paciente⁶⁵ demanda uma série de cautelas necessárias e uma mudança do médico/cientista para uma postura ativa e interrogante, com vistas a verificar o perfeito entendimento do paciente, considerando suas características específicas. O consentimento é visto como um

processo, e não um evento isolado, consolidado em uma relação dialogante. A boa-fé objetiva atua aqui com força especial, impondo a lealdade e confiança recíprocas, sendo ainda mais essencial o dever de informar, característica que é de um modelo de cooperação mútua que substitui o de sujeitos antagônicos do sinalagma contratual liberal.⁶⁶

Tendo isto em vista, é possível conceituar o consentimento livre e esclarecido como a anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda.⁶⁷

Como se observa, o consentimento livre e esclarecido é uma forma de, tendo em vista as características peculiares do serviço prestado, amoldar a decisão individual à dignidade da pessoa humana. Contudo, a atuação do princípio da dignidade da pessoa humana não vai atingir o consentimento no biodireito somente com relação à sua forma, tocando também, de maneira incisiva, em seu conteúdo.

Com a transferência do eixo central do sistema jurídico da autonomia privada de cunho econômico para os princípios constitucionais, de força normativa, a esfera de livre decisão individual deixa de ser um valor em si, passando a ser funcionalizada para a realização daqueles princípios.⁶⁸ O arbítrio do indivíduo passa a ser protegido somente quando servir para concretizar a dignidade da pessoa humana.⁶⁹

62 Cf. Teresa Negreiros, *Fundamentos...*, cit., pp. 251 e ss.

63 Esta definição foi elaborada a partir dos requisitos constantes da Resolução n. 196/96 do CFM sobre pesquisa em seres humanos, nos itens II-11 e IV, que traz a herança das declarações internacionais como a Declaração de Helsinque, o Código de Nuremberg e as Diretivas do Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), em colaboração com a Organização Mundial da Saúde (OMS), assim como das definições de Joaquim Clotet, *op. cit.*, e José Roberto Goldim, “Consentimento informado”, na internet em <http://www.hcpa.ufrgs.br/gppg/bioetica.htm>, acessado em 15 jun. 2000. V. também “Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida”. In.: *Revista Trimestral de Direito Civil — RTDC*, v. 7, jul.-set./2001.

64 Cf. Joaquim Clotet, “O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade”. In.: *Revista Bioética*, v. 3, n. 1, 1995; p.5; na internet, em <http://www.cfm.org.br>, acessado em 15 out. 2002.

65 No paciente, além de comumente presentes outras modalidades, sempre existe a hipossuficiência técnica (o “não possuir aquele saber específico”), especialmente no nosso modelo de medicina, em que persiste historicamente impregnado o paternalismo médico. V. Jussara Maria Leal de Meirelles e Eduardo Didonet Teixeira, “Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente”. In.: Carmen Lucia Silveira Ramos (org.) et al., *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 347-377.

66 Novamente, ressalta Pietro Perlingieri: “O ato de autonomia não é um valor em si; pode sê-lo, e em

Isto é, nas situações existenciais, em especial naquelas do biodireito, a regra geral deixa de ser a decisão individual e passa a ser a concretização da dignidade da pessoa humana. Em alguns casos, isto realmente vai significar proteger a liberdade do sujeito — como projeção de sua dignidade. Mas em diversos casos não, uma vez que se passa a levar em conta a sua fragilidade essencial, premido que se encontra o sujeito pelas circunstâncias que o cercam.

Em muitos casos, a proteção da dignidade humana vai conduzir à restrição ou mesmo eliminação do arbítrio individual, quando este levar à diminuição de algum dos aspectos de sua dignidade. Afinal, o ordenamento deixa de enxergar o sujeito somente através de sua autonomia individual para realizar uma proteção plena da pessoa humana.

No entanto, o grau de abstração da exposição não permite visualizar com clareza a sinuosidade da perspectiva do consentimento no biodireito. Permita-se, portanto, exemplificar as transformações por meio de casos concretos que dão o conteúdo do biodireito.

7. CONSENTIMENTO NOS ATOS DE DISPOSIÇÃO DO CORPO. OS WANNABES

O campo dos atos de disposição do próprio corpo é o exemplo por excelência dos limites e peculiaridades do consentimento no biodireito. Entretanto, este foi um campo em que, mesmo durante o auge do individualismo jurídico, sempre houve limitações à possibilidade de disposição do indivíduo. Tais limitações ao consentimento, contudo, eram remanescentes de fundamentos religiosos, que não têm mais guarida sob a ordem constitucional democrática e laica, regida pelo pluralismo e pela tolerância.⁷⁰

Em virtude dessa aparente perda de fundamento, muitos foram os que se levantaram contra os limites a este consentimento, defendendo um direito pleno ao próprio corpo, nos

certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento" (*Perfis...*, cit., p. 279).

⁷⁰ Este tipo de fundamentação pode ser encontrado em autores como Carlos Alberto Bittar: "Outro direito de vulto na defesa da personalidade é o que se lhe reconhece quanto ao corpo, que, muito discutido na doutrina, pode ser vislumbrado à luz da observação de que é o instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo fático. Sendo a pessoa a união entre o elemento espiritual (alma) e o elemento material (corpo), exerce este a função natural de permitir-lhe a vida terrena: daí por que, em sua integridade, deve ser conservado e protegido na órbita jurídica" (*Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 76).

moldes do direito de propriedade tradicional.⁷¹ No entanto, tendo em vista as considerações já tecidas acerca da proteção à dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, tais posições não se sustentam frente à ordem constitucional contemporânea.

Portanto, o consentimento, aqui também, não se basta, sendo repellido quando em afronta à dignidade humana, mas protegido quando projeção de sua plena realização através da liberdade.⁷² Isto se exemplifica neste ponto de maneira clara.

Diversos atos de disposição do corpo, como tatuagens e piercings, são manifestações de livre desenvolvimento da personalidade. A modificação corporal é uma expressão natural da identidade, presente nas mais diversas civilizações.⁷³ Qualquer resistência ou utilização do poder coercitivo estatal para reprimi-la constitui uma clara afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, há atos de disposição do corpo mais radicais e violentos que são considerados manifestações de patologias e contra os quais, portanto, o ordenamento deve zelar pela saúde da pessoa como projeção de sua dignidade.⁷⁴

⁷¹ Trata-se do que é descrito por Pietro Perlingieri: "É ainda a antiga concepção do direito subjetivo por excelência, a propriedade, a operar a sugestão da licitude da destruição da coisa própria como extrema manifestação da liberdade do proprietário; trata-se de concepções que poderiam sobreviver somente se se rechaçasse a necessidade de uma profunda reflexão sobre o sentido do sistema constitucional, sobre o seu papel na hierarquia das fontes e na interpretação, na combinação da liberdade e responsabilidade" (*Perfis...*, cit., p. 298). De acordo com esta concepção, Bertrand Lemennjier defende que "L'idée que le corps humain dans ses parties n'est pas un objet mais un sujet est un postulat philosophique dont la valeur est hautement contestable". ("Le corps humain: propriété de l'État ou propriété de soi?" In: *Droits*, n. 13, op. cit., p. 114).

⁷² "O simples consentimento de quem tem o direito não é suficiente para tornar lícito o que para o ordenamento é ilícito, nem pode — sem um retorno ao dogma da vontade como valor — representar um ato de autonomia de *per se* merecedor de tutela" (Pietro Perlingieri, *Perfis...*, cit., p. 299).

⁷³ Os exemplos de outras culturas, como a circuncisão judaica, o *O-kee-pa* dos indígenas americanos, a tatuagem Maori neozelandesa e o Kavadi hindu, demonstram como a concepção do corpo como receptáculo material desprezível, ligado à mortalidade, à fragilidade, à sexualidade e ao pecado, é característica das influências cartesiana e católica que persistem em nossa cultura. Sobre o tema, diversos textos na internet, acessados em 22 jul. 2001, em <http://bmezine.com/culture/bme-cult.html>, especialmente, Anja Nyberg, "Modern primitives and body modification".

⁷⁴ É o caso do quadro clínico de autolesão (*self-injury*), em virtude de danos diretos, repetitivos e pouco letais, prática associada à busca de um alívio bioquímico como mecanismo de escape, instrumento de tergiversação de uma neurose mais profunda (na internet, acessado em 22 jul. 2001, em <http://www.palce.net/~llama/psych/what.html>).

Na busca pelo equilíbrio, o *caput* do art. 13 do novo Código Civil enuncia três parâmetros para avaliação da licitude do poder de consentir:

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

Certamente o termo "bons costumes" — elemento do trio "moral, bons costumes e ordem pública", legado da tradição civilística — é incompatível com a já mencionada pluralidade e tolerância consignada na ordem democrática constitucional. Como já declarou José Joaquim Gomes Canotilho:

"Em vez de andarmos a dizer cláusulas contrárias à ordem pública, os civilistas deveriam dizer cláusulas contrárias a direitos, liberdades e garantias, concretamente plasmados da Constituição... Para quê recorrer a fórmulas vagas quando temos preceitos com maior densidade normativa e que podem ser aplicados? Deixemos a ordem pública e a boa fé para outras situações em que não estão concretamente em causa direitos, liberdades e garantias."⁷⁵

O termo "bons costumes", no contexto, deve ser entendido como uma reiteração à observância dos preceitos constitucionais, em especial aos direitos que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de inconstitucionalidade do ato.

O terceiro critério, e hierarquicamente superior — uma vez que é capaz de derrogar tanto os bons costumes, como a diminuição permanente da integridade física —, é a finalidade terapêutica, ou, como preferiu o legislador, a exigência médica. O ato de disposição, nesse caso, é mesmo necessário, uma vez que, segundo a avaliação médica, visa à recomposição da saúde do paciente, elemento inolvidável de sua dignidade.⁷⁶

75 "O provedor de justiça e o efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias", no debate que se seguiu à conferência proferida por ocasião do XX aniversário do Provedor de Justiça, em Lisboa, 30/11/1995, *apud* Maria Celina Bodin de Moraes, "O princípio da solidariedade", *cit.*, p. 178, n. 42.

76 Este critério repousa não tanto na avaliação individual do médico, mas em normas inferiores e deontológicas, emanadas por autoridades médicas, ou seja, em uma decisão do corpo médico institucional. Neste caso se enquadra a cirurgia de mudança de sexo, tratada a seguir.

Contudo, não são claros os limites entre a livre disposição do corpo como projeção do desenvolvimento da personalidade e identidade e a sua mutilação como ato patológico; entre o ato inconseqüente de diminuição permanente da integridade física e o reconhecimento de uma finalidade terapêutica em tal intervenção. Nesta anuviada área de fronteira residem situações exemplares da reformulação do consentimento no biodireito, como o caso dos *wannabes*.⁷⁷

Os *wannabes*, também denominados apotemnófilos, são pessoas com um desejo compulsivo pela amputação de um membro específico.⁷⁸ O caso perdeu sua aparência de unicidade graças à internet⁷⁹, que permite o diálogo entre os que até então se consideravam sozinhos nesta situação. A principal lista de discussão da internet reúne mais de três mil integrantes, uma verdadeira comunidade que partilha esta condição.⁸⁰

Relatam uma sensação de extremo desconforto com sua situação atual, como presos em um corpo que não corresponde a sua verdadeira identidade. A analogia com a situação dos transexuais é inevitável⁸¹, embora para estes já haja regulamentação médica autorizando a intervenção em virtude de sua finalidade terapêutica.

Ao contrário, no caso dos *wannabes* não há autorização para a cirurgia, pois a causa e o tratamento necessário ainda estão por ser cientificamente determinados. Até lá, o desejo

77 O caso é relatado por Carl Elliot, do Centro de Bioética da Universidade de Minnesota, em "A new way to be mad". In: *The Atlantic*, dez/2000, na internet em <http://www.theatlantic.com/issues/2000/12/elliott.htm>, e por Richard L. Bruno, diretor do Post-Polio Institute de New Jersey, em "Devotees, pretenders and wannabes: two cases of factitious disability disorder". In: *Journal of Sexuality and Disability* n. 15, 1997, pp. 243-260, na internet em http://www.amputee-online.com/amputee/bruno_art.html. A importância dos estudos neste trabalho não se refere tanto a seu *status* médico e científico, mas principalmente ao caráter desconcertante da hipótese em exame.

78 Não se confundem com os chamados *devotees*, ou acrotomófilos, caracterizados pelo desejo com relação a amputados, nem com os *pretenders*, que simulam ser amputados, embora alguns reúnam mais de uma característica.

79 Richard L. Bruno indica que há documentação de casos desde o século XIX (*op. cit.*).

80 Vale observar que, quando da redação do artigo de Carl Elliott, dezembro de 2000, a lista contava com 1.400 integrantes, como narra o autor (*op. cit.*). Em 25 jul. 2003, a *amputee-by-choice@yahoo-groups.com*, fundada em 07/08/98, contava com 3.834 membros, e diversos outros grupos foram fundados sobre a mesma temática.

81 Um paciente declara: "Just as a transexual is not happy with his own body but long to have the body of another sex, in the same way I am not happy with my present body, but long for a peg-leg" (Carl Elliott, *op. cit.*).

compulsivo os leva a buscar no mercado negro as amputações, acarretando ainda maiores danos para sua saúde ou mesmo a morte.⁸²

O caso é, no mínimo, paradigmático. Embora a leitura cuidadosa dos relatos conduza da repulsa inicial a uma maior solidarização com a situação dos *wannabes*, parece que, no estado atual da medicina, seria precipitado autorizar as cirurgias de amputação exclusivamente com base no consentimento. Ainda que posteriormente venha a se entender ser este tratamento radical o necessário para esta condição, no atual momento ele parece ferir a dignidade destas pessoas mais do que realizá-la. Apresenta-se, portanto, como mais um exemplo do distinto papel do consentimento no biodireito.

8. CONSENTIMENTO NA MUDANÇA DE SEXO

Como já foi observado, a cirurgia de mudança de sexo é um dos casos de ato de disposição do corpo autorizado em virtude de sua finalidade terapêutica. Mas nem sempre foi assim; o reconhecimento de tal direito aos transexuais foi fruto de uma longa evolução — ainda em progresso — e é um bom exemplo da insuficiência do consentimento se não ligado diretamente à dignidade da pessoa humana.

Por muito tempo a realização da cirurgia de transgenitalização era considerada ilícita e a conduta do médico passível de imputação como lesão corporal.⁸³ No Brasil, a absolvição em segunda instância do Dr. Roberto Farina, com a contribuição de um extenso parecer do penalista Heleno Cláudio Fragoço, foi pioneira no sentido de estabelecer a licitude da opera-

82 Carl Elliott, que destaca que os pacientes que conseguiram obter a amputação costumam apresentar um quadro psicológico bastante normal, razoavelmente "satisfeitos", narra casos como o de um homem, para todos os efeitos mentalmente são, que cortou o próprio braço com uma guilhotina improvisada e respondeu às tentativas dos médicos de reimplantar o membro com a ameaça de cortá-lo novamente. Ou ainda, um investigador legal, na Califórnia, que, depois de ter sido recusado em um hospital para realizar uma amputação, amarrou suas pernas com torniquetes e mergulhou-as em gelo, na esperança de que a gangrena lhe garantisse aquele tratamento médico radical. Por fim, em maio de 1998, um nova-iorquino de 79 anos que viajou para o México e pagou dez mil dólares por uma amputação de perna no "mercado negro", vindo a falecer de gangrena em um motel local (*op. cit.*).

83 Em 1993 manifestava-se Matilda Josefina Suter: "É ilícita a cirurgia que mutila o transexual, ainda que a seu pedido respondendo penalmente pela lesão o médico que lhe deu causa" (*Determinação e mudança de sexo — aspectos médico-legais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 164).

ção.⁸⁴ Contudo, foi somente com a mudança de posição do Conselho Federal de Medicina sobre o tema, por meio da Resolução 1.652/02, que se pacificou a doutrina neste sentido.

A Resolução se fundamenta no diagnóstico de disforia de gênero, isto é, de os transexuais se encontrarem numa situação de incompatibilidade entre o sexo psíquico e aquele que se apresenta biologicamente.⁸⁵ O cuidadoso diagnóstico de um "desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou auto-extermínio" dá à cirurgia, junto com o tratamento hormonal, uma finalidade claramente terapêutica.

Também vem sendo admitida, em consequência da mudança, a alteração do prenome no registro, com base no parágrafo único do art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), que a permite quando o prenome for suscetível de expor ao ridículo seu portador. A polêmica começa a surgir quanto à retificação do registro de sexo.

O argumento central de resistência à retificação do registro é o de que a cirurgia é uma operação apenas aparente, não produzindo uma verdadeira mudança de sexo, uma vez que não realiza uma alteração nos órgãos internos.⁸⁶ Este vem sendo o entendimento predomi-

84 O cirurgião plástico Dr. Roberto Farina foi denunciado pelo Ministério Público como infrator do artigo 129, § 2º, III, do Código Penal, pela realização de cirurgia de reversão sexual, em 1978 (Processo nº 799/76, 17ª Vara Criminal de São Paulo). O médico foi condenado a dois anos de reclusão, em primeira instância, e absolvido, por dois votos contra um, em instância superior. Enquanto o desembargador relator do processo, Octávio Ruggiero, manifestava-se pela confirmação da sentença, o segundo membro da Câmara do Tribunal, Djalma Lofrano, reconhecia que o médico havia sido impelido unicamente por propósitos curativos e no exercício regular de sua profissão. Cf. Antonio Chaves, *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 140 e ss.

85 Isto se funda na tendência contemporânea de ver o sexo sob uma perspectiva pluridimensional, falando-se de sexo genético ou cromossômico; sexo gonádico (testículos, ovário); somático (estruturas genitais); legal (constante do registro); de criação (social) e psicossocial (aprendizagem prevalece sobre o hormonal). Cf. Ana Paula Ariston Barion Peres, *Transexualismo. O direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 65-89.

86 Na França, no primeiro caso nesse sentido, que data de 1975, o principal fundamento dos tribunais contra a retificação era o princípio da indisponibilidade de estado, que vedaria a mudança deste registro por decisão da vontade. A partir dos anos oitenta, este deu lugar ao argumento de ser a alteração meramente cosmética (Jacqueline Pousson-Petit, "Une illustration: le cas du transexualisme". In: Claire Neirinck (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 141).

nante na jurisprudência brasileira, como no famoso caso de Luis Roberto Gambine Moreira, operado em Londres em 1989, conhecido como Roberta Close.⁸⁷

Assim vinha se posicionando também a jurisprudência francesa. Contudo, em 1992, chega à Corte Européia de Direitos Humanos o caso Botella, um transexual que teve seu pedido de retificação negado em 1987 pela Corte francesa. A Corte européia, em um julgamento pioneiro, condenou os tribunais franceses a rever sua posição, entendendo que a falta de modificação do registro constituía uma violação ao art. 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos, que determina a proteção à vida privada e familiar.⁸⁸

87 "Registro civil de nascimento. Prenome. Retificação. Mudança do sexo. Registro civil. Retificação de sexo. Prenome. Cirurgia de ablação da genitália masculina, considerada mutiladora, não tem o condão de transformação de sexo. Problema de engenharia genética inafastável. Prevalência do sexo natural sobre o psicológico. Sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase da gestação. Apelo provido. (JRC)" (TJRJ, Ap. Cível, Proc. n. 1993.001.04425, 8ª Câm. Cível, rel. des. Luiz Carlos Guimarães, v. u., j. em 10/05/1994. *RF*, vol. 328, p. 196; *RT*, vol. 712, p. 235). A mesma posição pode ser encontrada, e. g., em TJRS, Ap. Cível nº 597156728, 3ª Câm. Cível, rel. des. Tael João Selistre, j. em 18/12/97; e TJRJ, Ap. Cível, Proc. n. 1992.001.06087, 4ª Câm. Cível, v.m., rel. des. Marden Gomes, j. em 04/03/1993, assim como neste acórdão peculiar, cuja ementa merece destaque: "Registro civil de nascimento. Nome. Retificação. Mudança do sexo. Impossibilidade. Retificação no Registro Civil. Mudança de nome e de sexo. Impossibilidade. Sentença mantida. O homem que almeja transmutar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma 'genitália' com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as conseqüências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. (MSL)" (TJRJ, Ap. Cível, Proc. n. 1993.001.06617, 8ª Câm. Cível, rel. des. Geraldo Batista, v.u., j. em 18/03/1997 — grifos nossos).

88 Cf. Jacqueline Pousson-Petit, *op. cit.*, p. 142. A autora destaca ainda que, no direito comparado, podem ser identificados três níveis de reconhecimento do estatuto jurídico do transexual: um nível mínimo, como no direito inglês, onde se admite a intervenção médica, mas não se permite a alteração do registro civil (salvo o prenome); um nível intermediário, como na Espanha e na Bélgica, que reconhece o transexual com restrições ou omissões, constituindo um "terceiro sexo"; e um nível ótimo, como na Itália e na Holanda, onde, apesar do pleno reconhecimento da mudança de sexo, ainda restam lacunas sobre certos efeitos jurídicos da alteração (*op. cit.*, pp. 143-147). Vale destacar que o dispositivo foi reproduzido como art. 11-7º no Projeto de Constituição Européia, e conta com a seguinte redação: "Todas

No Brasil, contudo, a proteção à dignidade dos transexuais ainda se encontra comparativamente atrasada⁸⁹, longe de questões mesmo maiores quanto aos efeitos da mudança de sexo, como, por exemplo, o casamento de transexuais.

Tramita no Congresso um projeto de lei visando a regular os efeitos jurídicos da mudança de sexo (PL-70B, de autoria do deputado José Coimbra).⁹⁰ Além de expressamente excluir a ilicitude da cirurgia e permitir a alteração do prenome, o projeto prevê a averbação do novo sexo e veda a emissão de certidão (sigilo do registro), salvo por requisição do interessado ou determinação judicial.⁹¹

Apesar da omissão da legislação, além de diversas sentenças de primeira instância favoráveis à retificação do registro, já há acórdãos pioneiros sobre o tema:

"Registro civil. Pedido de alteração do nome e do sexo formulado por transexual primário operado. Desatendimento pela sentença de primeiro grau ante a ausência de erro no assento de nascimento. Nome masculino que, em face da condição atual do autor, o expõe a ridículo, viabilizando a modificação para aquele pelo qual é conhecido (Lei nº 6.015/73, art. 55, par. único, c.c. art. 109). Alteração do sexo que encontra apoio no art. 5º, X, da Constituição da República. Recurso provido para se acolher a pretensão".

Pela ementa deste acórdão do TJSP⁹², já se percebe que o relator, Des. Boris Kauffmann,

as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações."

89 Isto é exemplificado por uma situação relatada por Gustavo Tepedino: é o caso de Juracy, transexual feminino, que, depois de dez anos de vida conjugal na Dinamarca com um francês e com um filho adotado, veio para o Brasil visitar a família, decidindo aqui adotar um outro filho "à brasileira", isto é, registrando-o como seu filho. Juracy foi presa por falsidade ideológica, uso de documento falso e promoção de ato destinado ao envio de criança para o exterior e recolhida ao pavilhão masculino do presídio de Água Santa, onde ficou detida até a decisão da 1ª Turma do TRF da 2ª Região. Cf. *op. cit.*, pp. 61-62.

90 Menciona-se a existência de outros projetos sobre o tema, sem sucesso. Cf. Ana Paula Ariston Barion Peres, *op. cit.*, pp. 178-189.

91 O projeto inicial determinava a alteração do registro de sexo para a condição de "transexual". No entanto, a comissão de redação entendeu que o dispositivo seria discriminatório e o modificou no substitutivo.

92 TJSP, 5ª Câm., Seção de direito civil, Ap. Cível nº 165.157.4/5, Rel. Des. Boris Kauffmann, j. em 22/03/2001, por unanimidade.

fundamenta o direito à retificação do sexo a partir de direitos fundamentais emanados da dignidade da pessoa humana.

Tal fundamentação, que vem encadeada no teor do acórdão, conduz não somente à retificação do prenome, que leva à humilhação do autor, mas também à retificação do registro de sexo que, posto surta efeitos de maior complexidade, como o casamento posterior, é viável, tendo em vista as ressalvas previstas em lei:

“Dessa forma, a alteração poderá eventualmente viabilizar um casamento inexistente, se o autor contrair núpcias com um homem, já que, por enquanto, o ordenamento jurídico só reconhece o casamento de pessoas de sexos diferentes. Se se adotar, no entanto, como critério distintivo dos sexos o psicológico, aí o casamento existiria, mas, se o cônjuge ignorar o fato da transexualidade, quando de sua celebração, poderá ser anulado em virtude de erro essencial (Cód. Civil, arts. 218 e 219, I).”⁹³

O que se pode concluir é que a evolução no sentido do reconhecimento jurídico da mudança de sexo se pautou total e exclusivamente pela proteção à dignidade humana do transexual. Embora imprescindível seu consentimento, este nunca será suficiente, uma vez que este é mais um campo em que o ordenamento não prioriza a esfera de livre autonomia da vontade.

9. CONCLUSÃO

O consentimento é um conceito jurídico e, como tal, deve ser utilizado de maneira instrumental, para viabilizar a aplicação-realização das normas jurídicas⁹⁴. Entre estas, têm maior relevância os princípios constitucionais, em virtude de sua hierarquia superior no

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Sobre a instrumentalidade dos conceitos jurídicos, Celso Antônio Bandeira de Mello declara: “Com efeito, o único objeto que o juiz, o advogado, o intérprete do sistema em geral procuram é o conjunto de regras que regula determinada situação ou hipótese. Segue daí que de nada lhes adianta qualquer conceito, categoria ou noção, por mais aliciente que seja, se não lhes fornecer a indicação de princípios e regras pertinentes à solução de questões jurídicas. Eis, pois, que *um conceito jurídico é necessariamente um ponto terminal de regras, um termo relacionador de princípios e normas*” (op. cit., pp. 598-599).

ordenamento. O princípio da dignidade da pessoa humana, como norma que determina a superação da concepção individualista e patrimonialista da pessoa, implica necessariamente uma nova leitura do conceito de consentimento. Determina também uma diferenciação entre os atos de projeção da autonomia da vontade que respeitem a aspectos da dignidade da pessoa humana (como os casos do biodireito) e aqueles que sejam pertinentes tão-somente à esfera negocial e seus efeitos econômicos. Assim, o conceito de consentimento no campo do biodireito não é igual ao consentimento necessário aos contratos que estabelecem relações patrimoniais, e, portanto, não pode receber o mesmo tratamento.

No biodireito, faz-se necessária uma apreciação ainda mais cuidadosa da relevância da manifestação de vontade, que só será valorizada quando operar como projeção da dignidade da pessoa humana. O consentimento será necessário e suficiente quando traduzir uma manifestação do livre desenvolvimento da pessoa, mas não será idôneo a tornar legítimo um ato que cause afronta à dignidade daquele que consente, amplamente protegida, mesmo contra a sua vontade; uma tal sintonia, porém, somente pode se dar em face do caso concreto.

CARLOS NELSON KONDER
Mestrando em Direito Civil pela Universidade
do Estado do Rio de Janeiro — UERJ.