



HAL
open science

A LIVRE DISPOSIÇÃO DE SI: O MAIS FUNDAMENTAL DOS DIREITOS HUMANOS

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. A LIVRE DISPOSIÇÃO DE SI: O MAIS FUNDAMENTAL DOS DIREITOS HUMANOS. Revista Direitos humanos e democracia, 2019, 7 (1), pp.Unijui. hal-02535051

HAL Id: hal-02535051

<https://hal.science/hal-02535051>

Submitted on 7 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

A LIVRE DISPOSIÇÃO DE SI: O MAIS FUNDAMENTAL DOS DIREITOS HUMANOS

A FREE DETERMINATION OF YOURSELF: THE MOST FUNDAMENTAL OF HUMAN RIGHTS

Daniel Borrillo¹

RESUMO:

Este ensaio pretende trazer à luz algumas das ideias presentes na obra intitulada “*Disposer de son corps: un droit encore à conquérir*”, lançada em abril de 2019 pela Editora Textuel Paris pelo Professor de Direito Privado da Universidade de Paris, Doutor Daniel Borrillo. Inscrevendo-se nas notícias políticas do debate parlamentar relativo à Lei de Bioética na primavera de 2019, Borrillo questiona-se: somos realmente senhores das nossas vidas, dos nossos corpos, dos nossos destinos? Com base nesses questionamentos, propõe-se uma reflexão crítica sobre as principais questões relacionadas à vida, à morte, à sexualidade e à intimidade.

Palavras-chave: Autonomia; Corpo; Daniel Borrillo; Liberdade.

ABSTRACT:

This essay aims to bring to light some of the ideas present in the work entitled “*Disposer de son corps: un droit encore à conquérir*”, launched in April 2019 by Textuel Paris Editor by the Professor of Private Law at the University of Paris, Doctor Daniel Borrillo. As part of the political news of the parliamentary debate on the Bioethics Act in the spring of 2019, Borrillo asks: are we really masters of our lives, our bodies, our destinies? Based on these questions, a critical reflection on the main issues related to life, death, sexuality and intimacy is proposed.

Keywords: Autonomy; Body; Daniel Borrillo; Freedom.

A livre disposição do corpo: um direito ainda a conquistar

A quem pertence meu corpo? Eu sou senhor da minha vida e do meu destino? E se o corpo é meu, eu posso decidir por comercializá-lo? Eu sou livre para mudar de sexo e para escolher a minha morte? Os prejuízos causados a si próprio e que não causam qualquer prejuízo aos demais são necessariamente imorais? Essas questões perpassam a filosofia política e moral e sua resposta determina a relação que entretém o indivíduo com ele mesmo e com sua intimidade.

¹ Diplomado em Jurisprudência pela Universidade de Buenos Aires e Professor de Direito Privado. Pesquisador do *Laboratoire d'Etudes de Genre et de Sexualité (LEGS) Paris Lumière* et du CERSA/CNRS/PARIS II

O movimento feminista, alavancado pelos avanços técnicos em matéria de contracepção, permitiu colocar em evidência na cena pública a questão da disponibilidade de si e do seu próprio corpo. Essa problemática não é recente, ela constitui um dos fundamentos da relação de poder, entendido como limitação da vida e da morte no Antigo Regime ou enquanto disciplina permanente sobre o ser vivo, desde a Modernidade, como demonstrou Michel Foucault. Se os avanços tecnológicos permitiram objetificar o corpo e renovaram o debate bioético, sua ancoragem, entretanto, permanece bem mais antiga.

Os Romanos organizaram a vida política a partir da *summa divisio* entre *alieni iuris et sui iuris*, separando a comunidade dos homens livres e senhores deles mesmos dos outros (mulheres, estrangeiros, crianças, escravos, etc.), se achando necessariamente sob tutela. Mais tarde, a tradição cristã vai generalizar esse dispositivo tutelar em função de outros critérios morais. A partir de agora o corpo não pertence mais ao cristão. Ele é o templo de Deus, como ensina São Paulo: “O corpo não é mais por má conduta, ele é para o Senhor e o Senhor para o corpo” (I, Cor., 6.13.). E “aquele que se entregou à má conduta peca contra o seu próprio corpo” (ibid., 6, 18). O corpo, o portador provisório da alma, é sagrado e deve ser respeitado pelos outros e por aqueles que nele vivem. A Igreja não hesita em utilizar a figura do usufruto para caracterizar a relação do indivíduo com o seu corpo.

Retomando a tradição, Pio XII, em seu discurso aos participantes do VIII Congresso Internacional dos Médicos, em Roma, a 20 de setembro de 1954, proclamou: “O homem é apenas o usufrutuário, não o possuidor independente e o dono do seu corpo e tudo o que o criador lhe deu para usar e isso é conforme a natureza”.

Se atualmente a justificativa cristã se laicizou, a maior parte dos juristas está de acordo, entretanto, em considerar que a vida e a existência não pertencem ao indivíduo. Apesar de sua força persuasiva, o conceito de propriedade parece, de fato, incapaz de caracterizar a relação do indivíduo com seu corpo e sua vida.

Os especialistas de direito público falarão primordialmente de uma liberdade ao invés de um direito subjetivo, ao passo em que os privatistas oscilarão entre a noção de “coisa fora do comércio” ou de primazia da pessoa humana (ou ser humano) quando trata-se de justificar as limitações da livre disposição de si.

Sem entrar no debate relativo à natureza do direito que une a pessoa ao seu corpo (direito subjetivo ou natural, liberdade ou direito da personalidade), parece importante sublinhar que a utilização da noção de propriedade pelos juízes pode ser particularmente benéfica para o indivíduo. Dessa forma, no célebre “Caso Moore”, o Tribunal de Apelação da Califórnia reconheceu os direitos de propriedade do enfermo sobre suas células, as quais

foram usadas como base para a fabricação de um medicamento patenteado por uma empresa farmacêutica multinacional. Esse julgamento permitiu ao Sr. Moore obter uma compensação substancial. Infelizmente, a Suprema Corte da Califórnia decidiu o contrário, deixando o demandante sem dinheiro, mas com toda a sua dignidade...

Na França, a possível dissociação do sujeito abstrato (pessoa singular) de seu invólucro de corpo concreto foi particularmente bem ilustrada pela jurisprudência Perruche, no caso em que o requerente se queixou do preconceito resultante de sua deformidade física de nascimento. O julgamento de Perruche foi uma novidade que reconheceu os danos à criança nascida com deficiência e, portanto, o princípio da indenização pelo médico que não detectou a doença da mãe. Contrariamente à jurisprudência anterior que compensava os pais, mas não a criança com deficiência, o Tribunal de Cassação havia decidido sobre a possibilidade de compensar uma criança com deficiência pelos danos resultantes de sua deficiência. Essa decisão provocou protestos na opinião pública e o legislador interveio em 2002 para determinar que “ninguém pode se prevalecer de um prejuízo pelo simples fato do seu nascimento”.

Essa lei “anti-Perruche”, celebrada pelo pensamento conservador como uma vitória contra “a cultura da morte e a desintegração do corpo social”, constitui uma regressão à autonomia individual. Assim, reclamar de seu corpo doente, conforme permitido pelo julgamento de Perruche, envolvia necessariamente se diferenciar deste último e testemunhar sua liberdade de se dissociar dele. De fato, a liberdade do indivíduo é, portanto, útil como uma liberdade em relação à sua própria natureza. Essa modernidade individualista e artificialista possibilita pensar na pessoa como o constructo da vontade e não o dado da natureza, ou, mais precisamente, como o produto da técnica jurídica e não como uma qualidade ontológica do ser humano que a lei deve se contentar em consagrar. Em nome de sua autonomia, o indivíduo se torna seu próprio criador e adquire o controle e a disposição completos de seu corpo. A própria ideia de modernidade implica essa relação de pertencer a si mesmo.

Foi porque alguém foi capaz de se afastar da dominação natural do monarca absoluto que foi possível delegar poder aos representantes do povo. A questão é eminentemente política: o elo que me liga ao meu corpo e à minha vida aparece como um laço cívico e não apenas como um elo natural, como Savigny afirmou em sua famosa fórmula *Jus in se ipsum*. Nesse sentido, o slogan feminista “meu corpo pertence a mim” tinha um escopo emancipatório: o indivíduo contra a autoridade, a mulher contra o estado. Segundo Gisèle

Halimi, este é “um ponto intransponível de resistência”. É a partir dessa noção poderosa que nos é permitido pensar na relação do indivíduo com seu corpo, sua vida e sua reprodução.

Mas esse ponto de resistência agora mudou, está do lado das pessoas trans que desejam acessar a mudança de estado civil sem a autorização do médico ou do juiz, está do lado das mulheres que desejam usar uma criança para os outros, ele também está do lado de profissionais do sexo, homens e mulheres, que lutam pelo reconhecimento de seu status profissional; ele está, finalmente, do lado dos pacientes que desejam acabar com seu sofrimento com a ajuda do suicídio ou da eutanásia.

Uma abordagem democrática deve, portanto, nos levar a pensar no elo que nos une às nossas vidas, aos nossos corpos e aos nossos descendentes, não tão natural e sagrado (necessariamente imutável e vinculativo para nós), mas de acordo com uma visão política do soberania individual. Como Tocqueville observou, “o indivíduo é o melhor como o único juiz de seu interesse particular [...], todo mundo é o melhor juiz do que só olha para ele”. No entanto, essa visão de liberdade, peculiar ao século XVIII, foi diferenciada por Foucault, que magistralmente trouxe à luz novas formas de dominação da vida: o biopoder, definido pelo filósofo como “o conjunto de mecanismos pelos quais o que, na espécie humana, constitui seus traços biológicos fundamentais, podendo entrar em uma política, uma estratégia política, uma estratégia geral de poder”. Os limites dessa nova forma de subjugação parecem ser aceitos pelas sociedades democráticas que, por meio de regras bioéticas, foram capazes de justificar certas formas de interferência do Estado (e de seus responsáveis: hospital, administração, prisão, comitê de ética, escola, etc.) nos corpos dos indivíduos.

Da mesma forma, intervenções para evitar abusos e desequilíbrios financeiros entre as partes parecem ser imperativas para o Estado de Direito. Contudo, a crítica do liberalismo econômico e o enaltecimento do biopoder não devem ofuscar os princípios fundadores dos direitos humanos desde a perspectiva do pensamento político moderno, a saber, a liberdade do indivíduo na relação que ele mantém com ele mesmo.

No fundo, o enaltecimento do biopoder deveria nos levar a encontrar os mecanismos para superar as forças que nos são impostas, desconstruindo a subjugação pela retomada do autogoverno. Em outras palavras, cada indivíduo deve ser capaz de determinar por si mesmo o que leva ao seu próprio bem-estar e ele pode até chegar a recusá-lo. Isso parece para muitos uma atitude “imoral”, mas nós, ao contrário do que Kant afirma, não temos nenhum dever para conosco além do que auto impomos. O estado liberal deve sancionar apenas aquilo que prejudica os outros (crimes) e não os vícios sem outras vítimas além de mim, ou seja, a

sociedade não deve limitar a liberdade dos indivíduos quando isso não afeta outros indivíduos.

Com base na proteção da privacidade, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu o direito de todos os indivíduos à “autonomia pessoal”. Assim, é aceita a “faculdade de cada um levar a vida como bem lhe convir”, o que “pode igualmente a possibilidade de se envolver em atividades percebidas como sendo de uma natureza física ou moralmente causadora de danos ou perigosa para a pessoa”. Cabe aos indivíduos escolher o que é adequado para a realização de seus interesses. E devemos respeitar essa escolha, mesmo que pareça chocante e contrária à dignidade humana. Permitir que cada um determine o que é melhor para si não é apenas uma garantia de igual consideração dos cidadãos, mas também o baluarte contra a invasão excessiva de autoridades e juízes públicos (MISES, 2006). Ao querer impor um comportamento contra a vontade da pessoa em questão e em nome de sua dignidade, o Estado não está minando a autonomia da pessoa e, portanto, sua dignidade pessoal? A autonomia individual entendida como “a possibilidade reconhecida de dar normas a si próprio”, ou seja, como um princípio “colocado a serviço do desenvolvimento da pessoa”, é particularmente expressa no direito de dispor de livremente de si mesmo. “Algumas pessoas podem sentir a necessidade de expressar sua personalidade pela maneira como decidem se desfazer do corpo”, diz a Corte Europeia de Direitos Humanos sobre um caso de suicídio assistido.

No entanto, a falta de consenso e a margem de apreciação dos Estados limitam consideravelmente a autonomia individual como um direito subjetivo. As invocações da dignidade humana, a ordem simbólica ou mesmo a não patrimonialidade do corpo humano constituem uma nova ordem imperativa e transcendente capaz de aniquilar qualquer reivindicação subjetiva do indivíduo sobre seu corpo, sua vida ou seu destino. Estou tentando questionar aqui os argumentos contra a autodeterminação, especialmente quando se trata de proteger o indivíduo contra si mesmo, de tal modo que os direitos subjetivos e a privacidade possam ser sacrificados em nome de uma prioridade moral e contra uma suposta afirmação egoísta dos desejos individuais. Assim, a ordem pública, a identidade narrativa, a função antropológica do direito, a ordem simbólica, a comunidade de sentido, a ecologia integral ou a dignidade humana põem fim de uma maneira paternalista à soberania individual.

A humanidade aparece nesse discurso como uma entidade anterior ao ser humano, impondo-lhe o uso reflexivo do princípio da dignidade humana. Os direitos subjetivos do homem devem, portanto, estar subordinados ao direito objetivo da humanidade que nos habita. Assim, encontraríamos os direitos da personalidade, de um lado, e os direitos

humanos, arcados por todos e cada um, do outro. A proteção da humanidade que nos é inerente permitiria ao Estado intervir, se necessário, contra a nossa vontade: garantindo nossa humanidade indisponível. Ele saberia melhor do que nós mesmos o que é digno ou indigno para nós. Tudo acontece como se a dignidade não pertencesse ao indivíduo concreto, mas à humanidade abstrata.

As noções de indisponibilidade do estado das pessoas e do corpo fora do comércio permitem justificar os limites à liberdade do indivíduo em relação a si mesmo, sua procriação, seu gênero e sua morte. Esses limites podem, de fato, ser necessários e justificados no caso de infrações provenientes de terceiros, mas quando se trata da escolha do indivíduo a respeito de si mesmo, a imposição de tais limites se torna problemática.

O feminismo materialista, inspirado no pensamento marxista, considera que, para as mulheres, o consentimento é necessariamente viciado pela existência da dominação masculina, de modo que a experiência subjetiva delas deve ser corrigida ou cancelada pelo reconhecimento objetivo de dominação, pois estruturalmente toda mulher é uma vítima. Isso permite considerar que nenhuma mulher, em nenhuma circunstância, pode consentir em prostituir-se, usar a burca ou submeter-se a uma gestação para os outros. Essa crítica, no entanto, permitiu o surgimento de uma questão legal relevante: como a lei se apropria do consentimento das partes no ato? Que análise faz de suas situações concretas? Acima de tudo, ela levantou a questão de saber se podemos continuar a manter os limites entre as esferas pública e privada assim que tocamos em um problema tão fundamental quanto a disposição do eu.

Ora, a análise aprofundada do consentimento parece-me mais do que nunca necessária em um mundo de desigualdades econômicas e sociais. O consentimento deve necessariamente ser submetido a um rigoroso escrutínio. Porém, uma vez feito esse escrutínio, estabelecendo que ele é, de fato, voluntário, livre, informado e, portanto, privado de violência, intimidação, erro, fraude, coerção e desequilíbrio financeiro nos benefícios, em nome de quem seria permitido proibir a livre disposição de si mesmo? Considerar que, quaisquer que sejam as circunstâncias, ninguém pode dispor livremente de seu corpo para, por exemplo, se prostituir, submeter-se a uma barriga de aluguel, usar o véu completo ou pedir eutanásia, não seria como tratar o indivíduo como um incapaz?

Como, então, encontrar o equilíbrio entre a proteção necessária em um mundo em que o mercado afeta a efetividade dos direitos e a salvaguarda de nosso sistema democrático? Sem dúvida, não por rejeitar o consentimento, mas por considerá-lo, pelo contrário, de acordo com sua finalidade: o direito à autonomia, à privacidade e ao respeito à privacidade como *ultima*

ratio em relação a si mesmo. Ao querer proteger o indivíduo contra si mesmo, atribuindo um objetivo comum à sociedade, não estamos criando uma comunidade de vítimas, em vez de incentivar o empoderamento, a emancipação e o poder de agir dos indivíduos? A consideração das relações de dominação não deve instalar certos indivíduos nesse status fixo de vítima, mas, pelo contrário, permitir que eles escapem de lá. De fato, a questão central a se perguntar é quem decide sobre minha vida e minhas escolhas vitais: eu ou os outros (administração, médico, juiz, etc.)?

O que me parece problemático não é tanto o estabelecimento de uma ordem pública corporal (restrições ao exercício de certas liberdades individuais e limites a intervenções externas *noli me tangere*) quanto o uso dessa mesma ordem pública contra a vontade do indivíduo no que é mais íntimo, a saber, a relação consigo mesmo. Tradicionalmente, esse domínio da vida poderia ser explicado pela vontade do Estado de controlar seus assuntos legais: “Como a personalidade é um dom do grupo que confere dignidade, fazê-la desaparecer pelo suicídio equivale a negar o coletivo que criou a pessoa conferindo-a”, enfatizou Xavier Bioy (2003, p. 709).

Essa ideia é antiga, já que no século XVI “o suicídio cometeu um ato de traição, não apenas porque agiu contra a natureza e contra Deus, mas também contra o rei, na medida em que, por esse ato, o rei perdeu um sujeito; e sendo o chefe, ele perdeu um de seus membros místicos” (KANTOROWICZ, 1989, p. 197).

A relação consigo mesmo, com o corpo, a vida e o destino de alguém me parece tão íntimo, tão subjetivo, que a intervenção do Estado deve ser concebível apenas de maneira excepcional e como *ultima ratio*. No entanto, é claro que muitas práticas voluntárias que não prejudicam outras pessoas permanecem severamente punidas como suicídio assistido (3 anos de prisão e multa de 50.000 euros), a prática da barriga de aluguel (3 anos de prisão e 45.000 euros de multa), inseminação *post mortem* (2 anos de prisão e multa de 30.000 euros), eutanásia (30 anos de prisão criminal), cliente de prostituição (multa de 1.500 euros), consumo de narcóticos (1 ano de prisão e 3.750 euros de multa) ou o uso do *niqab* é sancionado de 150 euros e um curso de cidadania. Da mesma forma, não é o indivíduo quem domina o destino de seu corpo, mas a administração: somente o enterro e a cremação são possíveis, qualquer outra opção é excluída, como criopreservação, imersão no mar ou embalsamamento, mesmo que essas práticas não apresentem riscos à saúde pública nem causem danos a ninguém.

No lugar de consagrar um direito subjetivo, o legislador limitou-se à exclusão do campo da norma penal de certas práticas, como contracepção, aborto, mudança de sexo ou

parto “sob X”, a tal ponto que a livre disposição de si aparece mais como uma figura retórica do que como uma prerrogativa individual autêntica. É, com efeito, a partir de uma justificação médica que o indivíduo é autorizado a agir e não como um credor dos direitos subjetivos de sua própria pessoa. Não é o respeito à “vida privada” e ao “consentimento livre” que governa o relacionamento do indivíduo consigo mesmo, pois essas noções são frequentemente consideradas subjetivas demais, com probabilidade de levar à alienação e autorreificação. O Estado o substitui pelo respeito à “dignidade humana”, entendida não como um bem individual, mas como um bem comum: a humanidade que nos habita.

A ideia não é nova e refere-se às teorias teológicas relativas à sacralidade do corpo como um tabernáculo da alma e, mais recentemente, sob uma forma laicizada, à filosofia kantiana. Pode-se encontrar, por exemplo, autores que criticam o conceito de consentimento, como Carole Gilligan ou Harry Frankfurt, que propõem requalificar a relação consigo mesmo não como uma disposição, mas como uma identificação e amor definidos como um bem-estar e cuidado fundamental do qual um indivíduo não pode se destacar correndo o risco de alienar-se.

É em nome de afeto e bem-estar (cuidado) que interditamos uma pessoa de solicitar ajuda para o suicídio, ou de uma pessoa com incapacidades de se prostituir, de portar um bebê para outrem, de participar de um espetáculo de entretenimento (arremesso de anões), ser inseminado com o esperma de seu falecido companheiro, entrar em práticas sexuais extremas ou usar o véu completo.

Na autonomia, a teoria do cuidado, baseada na noção paradigmática de vulnerabilidade, opõe-se à categoria dos fracos como uma forma de identidade da qual raramente podemos escapar. À livre disposição de si mesmo (e de todas as liberdades que se seguem: procriativa, sexual, religiosa, de expressão, de vestuário, etc.), uma nova forma de conservadorismo antiliberal impõe o amor à humanidade que está em nós.

Em nome de nosso próprio bem-estar e, se necessário contra nossa própria vontade “alienada”, essa nova e poderosa forma de paternalismo geralmente e no abstrato considera que certas escolhas são “essencialmente” ruins porque são contrárias ao amor de si próprio ou à dignidade humana. Assim, não se trata mais de promover os direitos humanos, mas os direitos da humanidade: não se trata mais dos direitos subjetivos do indivíduo, mas da ordem pública da dignidade humana. Esta última, em meio a uma inflação fetichista no vocabulário jurídico contemporâneo, oferece aos oponentes resolutos do subjetivismo moderno os meios de combater tanto na teoria quanto na prática qualquer ideia de soberania individual, inclusive na estrutura íntima da disposição exclusiva de si mesmo, pretendendo mediar e, assim,

monitorar e controlar, sem que de forma alguma tenha sido autorizado pelo interessado, o relatório que o sujeito mantém consigo mesmo, argumentando que, mesmo no aparente contexto da mais pura privacidade, a presença permanente da humanidade que o habita, no entanto, proíbe qualquer solidão e qualquer possibilidade de escapar à transcendência das requisições de uma ordem natural pública ou simbólica.

Destinar aos indivíduos algo dessa ordem implica, ao mesmo tempo, investir o Estado de uma missão: a de tornar os cidadãos virtuosos. As recentes cruzadas morais contra os clientes de prostitutas ou contra aqueles que se utilizam de uma barriga de aluguel são as manifestações políticas dessa concepção substancial e objetiva da dignidade humana, executável contra a pessoa. Ainda outra concepção de dignidade é possível: a que é invocada pelo indivíduo em questão, a que é envolvida pelo direito de todos de fazer o que ele considera estar de acordo com suas crenças, valores ou interesses. O indivíduo deve ser a única fonte de valor moral, que exclui qualquer medida que daria a qualquer interesse da comunidade que não seja reduzido ao de seus membros. Além disso, os imperativos do Estado democrático devem levar ao direito a uma perfeita neutralidade, tanto em termos de valores coletivos quanto de práticas culturais dominantes. Infelizmente, não é essa lógica que parece prevalecer nas relações do indivíduo com ele mesmo, mas uma lógica paternalista e compassiva, imbuída de conotações moralistas e antidemocráticas, fornecendo a estrutura e a matriz do que a partir de então poderíamos chamar de o Estado moralista.

Referências

BIOY, Xavier. **Le concept de personne humaine en droit public**. Paris: Dalloz, 2003.

BORRILLO, Daniel. **Disposer de son corps: un droit encore à conquérir**. Paris: Editora Textuel Paris, 2019.

KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. **Les deux corps du roi**. Paris: Gallimard, 1989.

MISES, Ludwig von. **Le libéralisme** (1927), Editions Charles Coquelin, 2006.