

3

Direitos da personalidade e autonomia privada

Fixados os conceitos iniciais no capítulo anterior, torna-se necessário fazer uma análise dos direitos da personalidade e da autonomia privada para que, posteriormente, possa-se discutir a possibilidade de autodeterminação sexual, no campo específico da transexualidade.

3.1

Direitos da personalidade

A análise dos chamados direitos da personalidade torna-se importante na medida em que tais direitos referem-se a direitos essenciais para o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Com a prioridade dada constitucionalmente à pessoa humana, seu estudo é de fundamental importância, notadamente, nos últimos tempos em que os bens protegidos pelos direitos da personalidade vêm sendo constantemente desafiados.

Para Maria Celina Bodin de Moraes,

Tais bens, de fato, passaram a construir os pontos cardeais de nosso sistema jurídico, o qual, porém, tem sido sistematicamente bombardeado e desafiado – assim como vem ocorrendo em todos os cantos do mundo – por inovações científicas e tecnológicas de grande magnitude e de conseqüências aparentemente imprevisíveis, incontroláveis e inevitáveis.¹

O grande progresso científico e tecnológico e suas imprevisíveis conseqüências no âmbito jurídico, o amplo acesso aos meios de comunicação de massa e a crescente regulamentação jurídica, ou jurisdicização de relações antes pertencentes a outras esferas sociais, como a igreja e a família, podem ser apontados como alguns dos fatores que mais influíram nos direitos da personalidade.²

¹ MORAES, M. C. B. *Ampliando os direitos da personalidade*. p. 2.

² MORAES, M. C. B. *Ampliando os direitos da personalidade*. p. 2.

Os avanços científicos e tecnológicos, principalmente no campo da medicina, desafiam uma nova compreensão dos direitos da personalidade. Os meios de comunicação, com o crescente acesso da população as novas tecnologias e a velocidade na transmissão das informações, têm significado uma constante invasão de privacidade e, em consequência, uma redefinição do conceito de direito de privacidade.³ A juridicização das relações anteriormente mediadas por instituições como a igreja e a família, demonstra a perda de espaço ou de influência dessas instituições e a necessidade de repensar a dogmática dos direitos da personalidade.

Baseando-se na estreita relação entre os direitos da personalidade e a pessoa do seu titular, De Cupis definiu personalidade como “uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas.”⁴ e chamou os direitos da personalidade de direitos essenciais, ou seja, “direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto.”⁵ ou ainda, “direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.”⁶

Para Maria Helena Diniz, “o direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra *etc.*” ou ainda, “é o direito subjetivo, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial.”⁷ Já para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, são “aqueles que tem

³ Atualmente o direito a privacidade não é mais entendido como o direito de estar só, tendo seu conceito sofrido uma ampliação significando hoje, o controle sobre as próprias informações. Para Stefano Rodotà, “As discussões teóricas e as complexas experiências dos últimos anos demonstram que a privacidade se apresenta, enfim, como noção fortemente dinâmica e que se estabeleceu uma estreita e constante relação entre as mudanças determinadas pelas tecnologias da informação (mas também pelas tecnologias da reprodução, pela engenharia genética) e as mudanças em seu conceito. Uma definição da privacidade como “direito a ser deixado só” perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (deva) ser aplicada a situações específicas. Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim a privacidade pode ser definida, em uma primeira aproximação, com o direito de manter o controle sobre as próprias informações” RODOTÀ, S., *A vida na sociedade de vigilância*, p. 92.

⁴ DE CUPIS, A. *Os Direitos da Personalidade*. p. 13.

⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁶ DE CUPIS, A. *Os Direitos da Personalidade*. p. 17.

⁷ DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. p. 121-122.

por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.”⁸

Percebe-se nos conceitos mencionados que os autores citados consideram os direitos da personalidade como direito subjetivo, ocorre que tais direitos nem sempre se enquadram no conceito de direitos subjetivos⁹, podendo tal entendimento ser ampliado.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes,

É facilmente contestável que a personalidade humana não se realiza através de um esquema fixo de situação jurídica subjetiva – o direito subjetivo -, mas sim por meio de uma complexidade de situações subjetivas, que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo ou como autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado – enfim, qualquer acontecimento ou circunstância (*rectius*, situação) juridicamente relevante.¹⁰

A inclusão dos direitos da personalidade na categoria dos direitos subjetivos não é suficiente para a proteção e a promoção da pessoa, devendo o conceito ser ampliado.

3.1.1

Direitos da personalidade – uma análise civil-constitucional

O Código Civil Brasileiro, dedica o Capítulo II, do Livro I, Título I, da sua Parte Geral, aos direitos da personalidade, disciplinando-os nos artigos 11 a 21.¹¹

⁸ GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. *Novo Curso de Direito Civil*. p. 135.

⁹ Segundo Pietro Perlingieri, “Contrapõem-se tradicionalmente, duas definições de direito subjetivo: direito subjetivo como poder da vontade e direito subjetivo como interesse protegido”, e ainda, “A definição corrente salta os dois aspectos: o direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito.” PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil*. p. 120.

¹⁰ MORAES, M. C. B. *Ampliando os direitos da personalidade*. p. 4-5.

¹¹ “**Art. 11.** Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo Único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

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

Parágrafo Único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo Único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

O diploma anterior (Código Civil de 1916), de perfil patrimonialista e formulado para uma sociedade agrária e conservadora, não fazia qualquer menção aos mesmos.

Apesar da falta de regulamentação pelo diploma civil anterior, os direitos da personalidade eram admitidos doutrinariamente em nosso ordenamento jurídico e foram positivados em algumas normas esparsas e na Constituição de 1988, podendo citar como exemplo alguns incisos do artigo 5º, como o V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou a imagem.”) e o X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”).

Mesmo tendo representado um avanço com relação ao Código Civil de 1916, o diploma de 2002 recebeu inúmeras críticas no tocante à regulamentação dada aos direitos da personalidade. Sua redação é de 1960; portanto, anterior a Constituição de 1988 e pode-se afirmar que demonstrou “acanhamento do legislador de 2002, principalmente quando se compara o texto codificado ao que já se havia positivado e ao estado da doutrina e da jurisprudência.”¹²

A não inclusão dos direitos da personalidade no Código anterior deve-se ao fato de que, na época em que foi elaborado, discutia-se sobre a existência ou não desses direitos. Alguns autores defendiam a impossibilidade de um indivíduo ser ao mesmo tempo titular e objeto de um direito subjetivo. Não havia, para tais doutrinadores, qualquer distinção entre os vários aspectos da personalidade. Eram os defensores das chamadas teorias negativistas.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou a manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinaram a fins comerciais.

Parágrafo Único. Em se tratando de morto ou ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para fazer cessar ato contrário a essa norma.”

¹² TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. p. 29.

O fato de os direitos da personalidade serem sempre intimamente ligados às pessoas que os titularizam fez com que alguns doutrinadores defendessem que, neles, sujeito e objeto se confundiriam, impossibilitando seu exercício.¹³

De acordo com esses teóricos, chamados negativistas, que enxergavam os direitos da personalidade como o direito da pessoa sobre o próprio corpo, o reconhecimento dos direitos da personalidade legitimariam a automutilação e, até mesmo, o suicídio.¹⁴

A teoria negativista sofreu fortes críticas, por não visualizar a personalidade como “conjunto de características e atributos da pessoa humana”¹⁵ e, como tal, objeto de proteção do ordenamento jurídico.

De acordo com Gustavo Tepedino,

Dito diversamente, considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.¹⁶

A partir dos anos 50, a doutrina majoritária passou a admitir a existência dos direitos da personalidade, apesar de alocá-los na categoria de direitos subjetivos e usar para sua defesa o mesmo modelo construído para a defesa dos direitos subjetivos patrimoniais, notadamente o direito de propriedade.¹⁷

Superada a primeira discussão sobre a existência ou não dos direitos da personalidade, a doutrina ocupou-se de outra, referente à sua tipificação. Surgiram então as teorias monista e pluralista. Apesar de possuírem outro foco, qual seja a existência de um único ou de vários direitos da personalidade, ambas tinham como paradigma os direitos subjetivos patrimoniais.

De acordo com os defensores da teoria pluralista, existem vários direitos da personalidade como se observa nas palavras de Adriano De Cupis,

¹³ Tratam-se dos negativistas, que segundo Tepedino, “enxergavam uma contradição lógica na possibilidade de que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, pudesse ser também objeto deles.” TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. p. 31-32.

¹⁴ TEPEDINO, G. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. p. 25-26.

¹⁵ *Ibid.*, p. 27.

¹⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹⁷ *Ibid.*, p. 29.

Recorde-se que deixamos atrás admitindo que a individuação do bem resulta da individuação das necessidades; que a existência é distinta da liberdade, e que a necessidade de vivermos respeitados não se confunde com a necessidade de nos distinguirmos das outras pessoas. De tudo isso, deriva que são também distintos os bens correspondentes, e bem assim os direitos sobre estes.¹⁸

Já os defensores da teoria monista, sustentam a existência de um único direito da personalidade, que seria originário e geral.¹⁹ Tal teoria baseia-se na ideia de que o ser humano é um só, e que ainda que seus interesses possam se apresentar de maneiras distintas, estariam sempre substancialmente interligados.

Com a crescente pressão para a constante proteção da pessoa humana, tanto a teoria monista quanto a pluralista, tornaram-se insuficientes para a proteção dos direitos da personalidade. De acordo com Danilo Doneda, “Em meio às várias argumentações, a maturação pela qual passava a categoria dos direitos da personalidade fez alguns juristas perceberem que haveria um problema anterior à própria discussão sobre a tipificação: a técnica de tutela adotada.”²⁰

Segundo Gustavo Tepedino, os direitos da personalidade e, portanto, a tutela da pessoa, deve superar a divisão direito público/direito privado e ir além de medidas ressarcitórias e repressivas; buscando, além disso, técnicas ou instrumentos de proteção e promoção do homem.²¹

Atualmente, a matéria deve ser tratada sob perspectiva civil-constitucional, uma vez que a Constituição Federal é a fonte normativa da matéria. O texto constitucional de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana, no art. 1º, II e III²², bem como várias outras garantias que acabam por condicionar a interpretação legislativa, “modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”²³

Para Maria Celina Bodin de Moraes,

¹⁸ DE CUPIS, A. *Os Direitos da Personalidade*. p. 26.

¹⁹ TEPEDINO, G. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. p. 42.

²⁰ DONEDA, D. *Os direitos da personalidade no Código Civil*. p. 43.

²¹ TEPEDINO, op.cit., p. 48-49.

²² “**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;”

²³ TEPEDINO, G. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. p. 47.

Quanto à proteção dos direitos da personalidade, é fato que a partir da mudança de perspectiva constitucional, passando a estar o ordenamento a serviço da pessoa humana, conforme a determinação do art. 1º, III, da Constituição, consolidou-se, definitivamente a prevalência das relações não patrimoniais (pessoais e familiares) face às relações patrimoniais (contratuais e proprietárias).²⁴

Essa nova dogmática marca a presença, em nosso ordenamento, de uma cláusula geral de tutela da personalidade a nortear todas as situações que envolvam aspectos da personalidade. Tal cláusula estabelece uma prioridade de proteção à pessoa humana, qualificando os direitos da personalidade como situações abertas, ou seja, não tipificadas, em que estejam em jogo aspectos da personalidade e que necessitem sempre das mais diversas formas de tutela e promoção. Tal entendimento pode ser visto no Enunciado n.º 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos, “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)”²⁵

Fala-se então que a tutela da personalidade é dotada do atributo da elasticidade, significando que a personalidade, uma vez posta como valor máximo do ordenamento jurídico, deve ser defendida em todas as situações, estejam elas previstas ou não.

Com relação à característica da elasticidade, afirma Gustavo Tepedino,

No caso da pessoa humana, elasticidade significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo.²⁶

Afirmar que a personalidade deve ser defendida em todas as situações, não deve ser entendido apenas com relação às situações em que há lesão, mas também sob o ponto de vista promocional, ou seja, na proteção e na promoção ao livre desenvolvimento da personalidade.

²⁴ MORAES, M. C. B. *Ampliando os direitos da personalidade*. p. 3.

²⁵ Enunciado n.º 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2010.

²⁶ TEPEDINO, G. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. p. 49.

3.2 Autonomia privada

Antes de estudar o conceito de autonomia privada, importante ressaltar que os conceitos jurídicos não são imutáveis, mas pertencem sempre a uma determinada realidade, além de estarem em constante processo de mutação. No presente estudo, importante diferenciar alguns termos que em, não raras vezes, são usados como sinônimos pela doutrina.

Rose Melo Vencelau Meireles chama atenção para esse fato no início do segundo capítulo de seu livro “Autonomia privada e dignidade humana”, afirmando que, “Os conceitos de liberdade jurídica, autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia negocial são tratados pela doutrina ora como se fossem uma só coisa; ora como se fossem distintos uns dos outros.” e os diferencia da seguinte forma:

A **liberdade jurídica** corresponde a toda manifestação de liberdade tutelada pelo ordenamento jurídico. Para os particulares, ser livre juridicamente significa ter a faculdade de agir lícitamente, a qual existe sempre que não haja vedação, o que se resume na máxima: o que não é proibido é permitido. (...) a **autonomia da vontade** tem feição subjetiva, pois revela a vontade em si mesma, no seu sentido mais psicológico. A função da autonomia da vontade, pode-se afirmar, era a de garantir a própria vontade do sujeito, por ser considerada a única fonte de efeitos obrigacionais (...) entende-se por **autonomia privada** ‘o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como conseqüências de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos’. A autonomia privada, assim concebida, seria substrato para a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas subjetivas, sempre na moldura formada pelo ordenamento jurídico. (...) Para Pietro Perlingieri, a locução **autonomia negocial** descreve o fenômeno da auto-regulamentação dos interesses na multiplicidade dos seus modos de expressão. Por isso, propõe um conceito de autonomia negocial – não exclusivamente privada – que entende ser mais apropriado à lógica das relações jurídicas, segundo o qual é o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito, privado ou público, de regular com a própria manifestação de vontade interesses privados ou públicos, porém, não, necessariamente próprios. (...) Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico poderia ser considerado instrumento da autonomia, não apenas da autonomia privada.²⁷ (sem negrito no original).

É comum o uso indistinto dos termos liberdade jurídica, autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia negocial. Apesar disso, optaremos pelo

²⁷ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 63-73.

uso do termo autonomia privada, por entendê-lo mais abrangente e também mais adequado ao assunto em questão.

A liberdade jurídica corresponde a toda manifestação de liberdade que tenha respaldo no ordenamento jurídico. O artigo 5º, inciso II, da Constituição²⁸, princípio da legalidade, confere *status* constitucional a liberdade jurídica dos particulares.²⁹ Com tal dispositivo, tem-se um aspecto negativo da liberdade, na medida em que protege-se o que não for expressamente proibido.

A compreensão da liberdade individual em seu aspecto negativo (tudo que não for proibido é permitido) influenciou a compreensão da vontade como expressão da liberdade nas relações privadas, sendo suficiente para impedir qualquer influência externa contrária. “Isso significa que o agente tinha o poder de praticar um ato jurídico e lhe determinar o conteúdo, a forma, bem como os efeitos com a sua vontade, sem qualquer interferência externa.”³⁰

Para Francisco Amaral liberdade jurídica “é a possibilidade de a pessoa autuar com eficácia jurídica.”³¹ Segundo o autor o sujeito realiza-se na possibilidade de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas essa liberdade consiste ainda no poder de regular juridicamente suas relações determinando seu conteúdo e seus efeitos e recebendo proteção jurídica.

Com a valorização da autonomia da vontade, buscava-se o aspecto psicológico da manifestação do indivíduo, a vontade em si mesma. Tal concepção teve papel importante no marco teórico do estado liberal, que tinha na vontade individual a causa primeira e mais importante das relações jurídicas. Não foi possível que essa concepção prevalecesse, diante das constantes divergências entre a real vontade e a externada pelo sujeito, o que acabava por vincular os sujeitos a consequências distintas das desejadas. Diante de tais conflitos, passou a ser valorizada a vontade objetiva, ou seja, aquela resultante da efetiva manifestação de vontade.

Portanto, pode-se afirmar que a autonomia da vontade tem uma feição subjetiva, enquanto a autonomia privada tem uma acepção comparativamente

²⁸ “**Art. 5.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

²⁹ MEIRELES, R. M. V., op. cit., p. 64.

³⁰ Ibid., p. 64.

³¹ AMARAL, F., *Direito Civil*, p. 336.

mais objetiva. “A autonomia privada, assim concebida, seria substrato para a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas subjetivas, sempre na moldura formada pelo ordenamento jurídico.”³² E ainda, “autonomia privada é expressão privada da liberdade jurídica.”³³

Já autonomia negocial, seria a expressão da autonomia pelo negócio jurídico. Ocorre que o negócio jurídico é o instrumento por excelência para a realização dos atos de autonomia, uma vez que é ele “o fato que o ordenamento confere eficácia jurígena, para a produção de efeitos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos, conforme a declaração de vontade do agente.”³⁴

No presente estudo, será adotada a terminologia autonomia privada, por ser a que melhor se adapta ao direito civil, sendo um de seus princípios fundamentais.³⁵ Autonomia privada é entendida como a possibilidade de regulamentar interesses, sejam eles patrimoniais ou não patrimoniais. Mesmo sendo a autonomia privada manifestação da liberdade jurídica nas relações privadas, o uso do primeiro termo se mostra mais adequado para evitar confusões. Para Francisco Amaral, autonomia privada é “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.”³⁶

Autonomia da vontade é expressão que não se mostra mais adequada por se revestir de um excessivo subjetivismo, na medida em que busca a verdade realmente desejada, em confronto com a que foi manifestada. Tal conotação subjetiva da autonomia da vontade é realçada também pelo citado autor que enfatiza a conotação psicológica do conceito, da seguinte forma,

Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde existindo entre ambas sensível diferença. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica,

³² MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 68.

³³ *Ibid.*, p. 69.

³⁴ *Ibid.*, p. 70.

³⁵ Denis Franco Silva ao tratar a autonomia privada como princípio usa o conceito adotado por Robert Alexy segundo o qual princípios seriam “mandados de otimização” e se diferenciariam das regras pelo fato dessas poderem ser cumpridas ou não, enquanto aqueles podem ser cumpridos em maior ou menor grau. E afirma, “a partir desse critério, caracterizar ou definir a autonomia privada como um princípio no âmbito do direito privado significa dizer que a via privada para concretização da ideia de autolegislação é *ceteris paribus*, uma via preferencial face à via pública ou política, visto que a diretiva de ação é estabelecida pelos próprios afetados em um processo discursivo, o que fundamenta, em última instância, pelo valor intrínseco conferido à autonomia.” SILVA, D. F., *O princípio da autonomia: da Invenção à Reconstrução*, p. 146.

³⁶ AMARAL, F., *Direito Civil*, p. 337.

enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real³⁷

Quanto à autonomia negocial, sua não utilização, justifica-se no foco do presente trabalho que é o ato de autonomia no campo das situações jurídicas existenciais. Por essa razão, será usado autonomia privada, que serve tanto aos atos de autonomia no campo existencial quanto patrimonial, sem gerar qualquer confusão.³⁸

Ainda autonomia privada por se referir ao privado. Importante esclarecer que nem todos os atos de autonomia privada restringem-se ao individual, existindo atos de autonomia individual e também atos de autonomia coletiva. Os atos de autonomia privada individual são aqueles realizados pela pessoa individualmente considerada, como por exemplo, quando alguém realiza um contrato de compra e venda; já os atos de autonomia privada coletiva, representam a vontade de uma coletividade, como acontece no contrato coletivo de trabalho. Além desses, existem ainda os atos de autonomia das sociedades intermédias, das quais são exemplo, a família, o partido político e as associações religiosas.³⁹ Aqui interessa-nos especificamente os atos de autonomia privada individual.

Etimologicamente, o termo autonomia tem origem no grego *autós*, que significa próprio, a si mesmo, e *nomos*, que significa norma, lei, ou seja, significa sob esse aspecto, auto-governo ou o direito de criar as suas próprias normas. “Um sujeito com autonomia é alguém que decide e determina, ele mesmo, a lei e a ordem para cada circunstância. Ser autônomo é ser capaz de tomar as próprias decisões em cada situação da vida.”⁴⁰

³⁷ AMARAL, F., *Direito Civil*, p. 337.

³⁸ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 76.

³⁹ “É possível encontrar fontes que não coincidem propriamente com os atos de autonomia individual e nem com aqueles coletivos: trata-se da autonomia comunitária própria das instituições intermédias. Tome-se como exemplo, o estatuto do partido, da associação religiosa, cultural, esportiva e certas formas de cooperação sempre crescentes na sociedade industrial. Os estatutos não são somente expressão da autonomia individual, mas o resultado da vontade de uma pluralidade, de uma coletividade. Estas hipóteses não são manifestações de autonomia como é um contrato de compra e venda. Um grupo de pessoas, quando se exprime com atos juridicamente relevantes, pode concorrer por vezes não somente à própria regulamentação, mas também àquela de outros sujeitos, sejam estas comunidades intermédias ou sujeitos individuais. (...) Estas relações são em parte disciplinadas pela auto regulamentação, não somente individual.” PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, p. 283.

⁴⁰ Disponível em: <http://cursos.ead.pucrs.br/teleformar/2003/blocos/bloco_1/hipertexto-motivacional/GLOSS%C1RIO.html>. Acesso em: 28 de julho de 2010.

Para Rose Melo Vencelau Meireles, “Autonomia privada significa regulamentação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais.”⁴¹ e ainda, “Trata-se de um princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas.”⁴²

É a autonomia privada que assegura ao particular o poder de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, sendo uma manifestação da liberdade. Tal poder existe porque é reconhecido pelo ordenamento jurídico e não porque deriva da vontade. A citada autora destaca ainda que, por ser uma manifestação da liberdade, é a autonomia privada a forma de realização da dignidade humana nas situações existenciais,⁴³ conforme será exposto no próximo tópico.

Para discutir o conceito de autonomia privada na atualidade, sob o paradigma do direito civil-constitucional, necessário se faz um afastamento do conceito tradicional, formado nos séculos XVIII e XIX, baseado em uma liberdade individual plena e focado apenas em relações patrimonialistas. O conceito tradicional de autonomia privada baseava-se em um ideário liberal e tinha com objetivo, garantir o acúmulo e a circulação de riquezas, afastando qualquer tipo de intervenção por parte do Estado. Segundo Denis Franco Silva, ser autônomo para o direito privado liberal clássico, “seria não sofrer ingerências externas no auto-regramento dos próprios comportamentos ou relações, de forma a poder concretizar seus interesses na maior medida possível.”⁴⁴

Tendo em vista que a pessoa foi colocada em lugar de destaque no ordenamento jurídico, contemporaneamente, a ideia de autonomia, está relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade,⁴⁵ estando reservado a cada um dos sujeitos, um espaço de individualidade, no qual possa, de forma autônoma, decidir sobre seu desenvolvimento pessoal.

De acordo com Thamis Dalsenter, “Sob esse novo paradigma, se destaca que não existe liberdade em abstrato: toda autonomia é constituída a partir da

⁴¹ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 74.

⁴² *Ibid.*, p. 74.

⁴³ *Ibid.*, p. 74.

⁴⁴ SILVA, D. F., *O princípio da autonomia: da Invenção à Reconstrução*, p. 140.

⁴⁵ Segundo Rose Melo Vencelau Merireles, “A função a ser promovida é a do livre desenvolvimento da personalidade que encontra na autonomia instrumento por meio do qual pode ser concretizada” MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, introdução.

sociedade, dentro da qual o sujeito constrói a sua própria identidade, na constante convivência com o outro (alteridade).”⁴⁶ e ainda, “só pode ser compreendida se inserida dentro de uma perspectiva relacional entre subjetividade e intersubjetividade. Sua função não mais se dirige à segurança de uma vontade individual, exercida indiscriminadamente.”⁴⁷

Entendido o que seja autonomia privada, importante diferenciar a aplicação do instituto em situações jurídicas subjetivas, patrimoniais e existenciais.

É comum a afirmativa de que o fundamento dos atos de autonomia privada é a livre iniciativa econômica, encontrada, no artigo, 170⁴⁸ da Constituição Federal. Tal fundamento pode servir aos atos de autonomia privada que se refiram às situações que tenham como objetivo o lucro, mas não será adequado as situações em que o exercício da autonomia vise regulamentar situações existenciais.

Para Pietro Perlingieri,

A tentativa de individualizar o fundamento da autonomia na garantia constitucional da iniciativa econômica privada (art. 41 Const.) é parcial. A negociação que tem por objeto situações subjetivas (cfr. *infra*, cap. 5, § 68) não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 2º Const.)⁴⁹

Na atualidade, a função dos institutos jurídicos deve ser buscada na Constituição da República; são nos valores instituídos constitucionalmente que podemos justificar o merecimento ou não de tutela por parte do ordenamento jurídico.

Ainda quanto ao fundamento das situações jurídicas patrimoniais e existenciais, afirma Rose Melo Vencelau Meireles,

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana, o valor dos valores, produz a funcionalização dos institutos de direito civil à promoção e ao desenvolvimento da

⁴⁶ DALSENTER, T., *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil brasileiro*, p. 56.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁸ “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

⁴⁹ PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, p. 18.

personalidade. E isto vale tanto para as situações ditas patrimoniais, quanto para as não patrimoniais.⁵⁰

Considerando a dignidade da pessoa humana o valor máximo do ordenamento jurídico, e partindo do pressuposto de que tanto as situações jurídicas patrimoniais quanto as existenciais tem como finalidade a promoção e o desenvolvimento da pessoa humana, conclui-se que, em todos os casos, os valores constitucionais estão sendo respeitados.

O que diferencia o fundamento das situações jurídicas patrimoniais das existenciais, já que ambas visam promover o desenvolvimento da pessoa humana, é a forma com que fazem tal promoção e desenvolvimento. As situações jurídicas existenciais, “incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, ao passo que as situações patrimoniais apenas mediamente servem a este fim.”⁵¹ Ou ainda, “Será existencial a situação jurídica subjetiva se os efeitos diretos e essenciais incidirem sobre a personalidade do seu titular.”⁵²

Sendo os atos de autonomia, situações jurídicas subjetivas, conclui-se, com relação ao seu fundamento que:

Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis.⁵³

Especificamente no que se refere às situações jurídicas existenciais, pode-se afirmar que se encontram em posição hierarquicamente superior as patrimoniais, por terem a finalidade imediata de promoção do livre desenvolvimento da personalidade, estando, portanto no topo da valoração constitucional.

Nas palavras de Pietro Perlingieri,

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e

⁵⁰ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 38.

⁵¹ *Ibid.*, p. 39.

⁵² *Ibid.*, p. 42.

⁵³ PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, p. 18-19.

regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas.⁵⁴

Segundo Rose Melo Vencelau Meireles, “A noção de situação jurídica subjetiva é indissociável daquela de relação jurídica.”⁵⁵ Por relação jurídica, entende-se o vínculo que une sujeitos de direito.

As situações jurídicas subjetivas podem ser analisadas sob diversos perfis, mas somente podem ser efetivamente compreendidas, quando se alcança uma compreensão unitária de todos eles.⁵⁶ Para distinguir as situações jurídicas existenciais e patrimoniais, importante a análise dos perfis do interesse e funcional, na medida em que questionam “o que é” e “para que serve” determinada situação.

O perfil do interesse demonstra o que é a situação jurídica subjetiva. Todo direito é justificado a partir de um interesse, que pode ser tanto existencial quanto patrimonial, podendo ainda ser existencial e patrimonial ao mesmo tempo, uma vez que é possível a existência de interesses patrimoniais que sirvam à realização de interesses existenciais.⁵⁷ “Desse modo, é a patrimonialidade ou não patrimonialidade do núcleo de interesse que determinará se a situação jurídica subjetiva é patrimonial ou não patrimonial.”⁵⁸

O critério diferenciador da patrimonialidade e da não patrimonialidade é a possibilidade de avaliação econômica. Se o núcleo do interesse determinante da situação jurídica for suscetível de apreciação econômica, tem-se uma situação jurídica patrimonial, ao contrário, se não for possível tal avaliação, o interesse em jogo é existencial ou não patrimonial.⁵⁹

⁵⁴ PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, p. 276-277.

⁵⁵ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 17.

⁵⁶ “A exata dimensão das situações jurídicas subjetivas se alcança somente por meio do entendimento unitário dos seus diversos perfis. Assim, a situação jurídica subjetiva tem origem em um fato jurídico (perfil do efeito) e se justifica a partir de um interesse existencial ou patrimonial (perfil do interesse), o qual é exercido por uma pluralidade de comportamentos (perfil dinâmico), juridicamente relevantes, portanto, que traduzem o poder de realizar ou deixar de realizar determinados atos ou atividades (perfil normativo), para atender sua finalidade no âmbito das relações sócio-jurídicas (perfil funcional).” *Ibid.*, p. 18-19.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁹ Usarei os termos “situação jurídica existencial” e “situação jurídica não patrimonial”, como sinônimas, apesar de Rose Melo Vencelau Meireles, afirmar que “não são todas as relações formadas por situações jurídicas não patrimoniais que podem ser ditas existenciais.”, e sugere a classificação das situações em patrimoniais, não patrimoniais *lato sensu* e dúplices, dividindo as segundas em: existenciais e não patrimoniais *stricto sensu* e afirmando serem as mesmas inseridas “na lógica patrimonial, apesar de não terem equivalente pecuniário e, portanto, são regidas pelo

Importante ressaltar que, nas situações jurídicas existenciais, a pessoa não possui apenas um vínculo de titularidade, mas “a pessoa é o próprio interesse.”⁶⁰ Com essa afirmação, não se está dizendo que a pessoa é reduzida a coisa, “ter a pessoa como referencial objetivo não significa, de modo algum, sua coisificação.”⁶¹, mas sim tê-la como valor.

Segundo Pietro Perlingieri,

Na categoria do “ser” não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica (cfr. *retro*, cap. 5, § 69). Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação.⁶²

Além do perfil do interesse, importante a análise do perfil funcional das situações jurídicas subjetivas, a fim de diferenciá-las em patrimoniais e existenciais.

O perfil funcional revela para que serve, qual a finalidade de determinada situação jurídica subjetiva no âmbito do ordenamento jurídico em que é analisada. Segundo Meireles, “Já não basta definir *o que é*, porque o juízo de merecimento de tutela depende da realização da função.”⁶³

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira, autonomia da vontade “caracteriza-se pelo poder da vontade atribuído ao indivíduo no marco político do Estado Liberal, que deixava a cargo dos indivíduos decidirem as próprias vidas no que tange à liberdade contratual, já que o maior valor social à época era o patrimônio, em razão da sociedade burguesa que dominava ‘a cena’”⁶⁴; já autonomia privada, “é o poder que nós, particulares, temos de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos.”⁶⁵

Segundo a mesma autora,

direito das obrigações. Estas, embora não sejam patrimoniais porque não tem equivalente pecuniário, não podem ser ditas existenciais porque não representam o valor da personalidade.” MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 34.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 34.

⁶¹ *Ibid.*, p. 36.

⁶² PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, p. 155.

⁶³ MEIRELES, R. M. V., *op. cit.*, p. 37.

⁶⁴ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 87.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 87.

a tutela positiva abrange as mais amplas manifestações de vontade que, como veremos, podem ser no sentido de dispor de direitos inerentes às situações subjetivas pessoais, ou seja, de direitos da personalidade. É aí que se encontra a diferença fundamental quanto ao modo de proteção das situações patrimoniais e existenciais.⁶⁶

A análise da autonomia privada, na atualidade, deve estar fundamentada na análise de dois outros conceitos: dignidade da pessoa humana e pluralismo jurídico, que são os seus pilares fundamentais, sob a ótica do Estado Democrático de Direito. São esses conceitos fundamentais a esse tipo de Estado, pois “além da amplitude do conceito de dignidade, o pluralismo jurídico confere possibilidade de cada pessoa pautar sua vida segundo os próprios valores, que melhor realizem a sua personalidade.”⁶⁷

3.2.1

Autonomia privada existencial e dignidade da pessoa humana

O fundamento constitucional para os atos de autonomia privada nas situações jurídicas existenciais é a dignidade da pessoa humana, relacionando, diretamente, com a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, prevista no art. 1º, III⁶⁸, da Constituição da República Brasileira.

Segundo estudo apresentado por Ana Carolina Brochado Teixeira, o termo dignidade aparece quatro vezes na Constituição brasileira,

no art. 1º, III, que coloca como princípio fundamental da República, ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, bem como pluralismo político; no art. 226, § 7º, que determina que a dignidade, com a paternidade responsável, são limitadores internos à liberdade de planejamento familiar; nos arts. 227 e 230, que determinam que a criança, adolescente e idoso, pessoas presumidamente vulneráveis, devem ser tratadas com especial dignidade.⁶⁹

⁶⁶ Ibid., p. 93.

⁶⁷ Ibid., p. 63.

⁶⁸ “**Art. 1.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;”

⁶⁹ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 79.

Apesar do grande valor dado constitucionalmente à dignidade, existe grande dificuldade em se definir o seu conceito. “Mas em que consiste a dignidade humana, expressão reconhecidamente vaga, fluida, indeterminada?”⁷⁰

Etimologicamente, a palavra dignidade, tem origem no latim *dignus*, “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante.”⁷¹ No campo filosófico e político, o cristianismo e as ideias de Immanuel Kant influenciaram fortemente o conceito de dignidade.

Foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu uma dignidade individual, inerente a cada indivíduo. Tal dignidade justificava-se no fato de ser o homem o centro da criação e ter sido salvo por Deus, que o dotou de liberdade de escolha.⁷² Já Kant, em “Fundamentação da metafísica dos costumes”, criou o seguinte imperativo categórico:

têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, que dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio.⁷³

Com o imperativo categórico, Kant enunciou que as pessoas tem dignidade (*Würden*) e as coisas tem preço (*preis*) e que o ser humano jamais pode ser usado como instrumento, sendo um fim em si e jamais um meio de realização de interesses de terceiros. Dessa maneira, a dignidade representa um valor moral, de interesse de todos e que está sempre acima do preço, sendo esse um valor a ser buscado por todos.

Sob o aspecto jurídico, o conceito de dignidade humana é influenciado pela filosofia e pela política. Para Maria Celina Bodin de Moraes, o princípio da dignidade da pessoa humana seria um macroprincípio que abrangeria quatro subprincípios, o princípio da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Afirma a autora,

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os

⁷⁰ BODIN DE MORAES, M. C., *O princípio da dignidade humana*, p. 6.

⁷¹ *Ibid.*, p. 7.

⁷² *Ibid.*, p. 8.

⁷³ KANT, I., *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.

iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.⁷⁴

No presente trabalho, interessa a aplicação do princípio da liberdade como instrumento de realização da dignidade. Se existirem integridade psíquica e capacidade de discernimento, deverá existir também um espaço de autonomia a ser respeitado pelo Estado e pelos outros indivíduos. Só é possível falar na existência desse espaço se existir também responsabilidade.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira,

toda hermenêutica jurídica, que vise interpretar o modo possível de concretização da dignidade, deve ser sempre no sentido da emancipação humana, única forma de realização da pessoa que tenha pleno discernimento. É claro que para o exercício de direitos de liberdade, deve haver a correlata responsabilidade, pois autonomia e responsabilidade são conceitos complementares.⁷⁵

E ainda,

Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que “confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.”⁷⁶

A responsabilidade como elemento necessário ao exercício dos atos de autonomia existencial é tratada por Rose Melo Vencelau Meireles que coloca o princípio da autoresponsabilidade entre os princípios comuns aos atos de autonomia existencial. De acordo com a autora, “a *autoresponsabilidade* ou *responsabilidade sobre si mesmo* tem como pressuposto que a consequência do ato não recaia sobre interesse alheio ou da coletividade.”⁷⁷

Se existe a possibilidade dada pelo ordenamento jurídico de autodeterminação, deverá também existir a correlata responsabilidade para que o indivíduo possa assumir as consequência dos atos realizados. Da mesma forma é o pensamento de Emilio Betti ao afirmar,

⁷⁴ BODIN DE MORAES, M. C., *O princípio da dignidade humana*, p. 17.

⁷⁵ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 81.

⁷⁶ PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, p. 37.

⁷⁷ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 265.

O negócio jurídico, pela sua relevância social e pelo seu caráter vinculativo, é um instrumento perigoso que só deve ser posto em movimento por determinadas razões (...). A parte que opôs em atividade, vê-se na necessidade de suportar, só ela, o dano da inércia ou da negligência própria, na medida em que lhe é imputável: necessidade a que para com a contraparte, pode, apropriadamente, chamar-se “auto-responsabilidade”⁷⁸

Se efetivamente existir um espaço de autonomia individual, respeitado por todos, no qual a construção da dignidade caiba ao próprio indivíduo, cada um será capaz de tomar suas decisões de acordo com aquilo que considera importante. As decisões e as escolhas individuais, a construção da própria vida será feita com base nos valores individuais e possibilitará a cada um o livre desenvolvimento da personalidade com ampla proteção à dignidade. Tal concepção é valorizada em um Estado que tem no pluralismo um de seus pilares fundamentais.

Segundo a mesma autora,

concretizar a dignidade é atribuir a cada pessoa a ampla liberdade para que ela construa a própria vida, realize suas necessidades, faça suas escolhas e “adone-se” da própria existência, dirigindo-a da forma como entender que lhe traga maior realização, pois as concepções de cada um devem ser consideradas, uma vez que todos os valores são possíveis no Estado Democrático de Direito, que, como visto, tem o pluralismo como um dos pilares fundamentais.⁷⁹

A autonomia como instrumento para a concretização da dignidade deve ser sempre uma autonomia com responsabilidade. Responsabilidade no sentido de ser capaz de responder pelos seus atos. Dignidade, autonomia e responsabilidade são os pilares da construção da personalidade. “É nessa trilogia que será possível uma efetiva possibilidade de cada pessoa construir, de forma livre, a própria personalidade, desenvolvê-la em todas as suas potencialidades, pois na base de toda e qualquer relação humana deve estar sempre presente o respeito à dignidade.”⁸⁰

⁷⁸ BETTI, E., *Teoria Geral do negócio jurídico*, p. 159.

⁷⁹ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 84-85.

⁸⁰ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 85.

3.2.2

Autonomia privada existencial e pluralismo jurídico

Na Constituição Federal de 1988, é possível identificar o pluralismo como um de seus fundamentos, isso significa que o texto constitucional, valoriza a aceitação das diversas visões individuais de mundo e a possibilidade de cada um eleger o que é melhor para si.

Para Gisele Cittadino, pluralismo consiste em uma

concepção vinculada à figura do indivíduo, enquanto ser capaz de agir segundo a sua concepção sobre vida digna. Em outras palavras, os liberais contemporâneos estabelecem uma vinculação entre pluralismo e individualidades diferenciadas por concepções de bem distintas. Importa ressaltar, entretanto, que a idéia de pluralismo não se restringe à diversidade das concepções individuais sobre a vida digna que caracteriza a sociedade moderna. O pluralismo possui uma outra dimensão, que está associada não à diversidade das concepções individuais sobre o bem, mas a existência de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.⁸¹

Em sua conceituação a autora une as perspectivas de duas correntes teóricas que travam um profundo debate no âmbito da filosofia política; a dos liberais e a dos comunitaristas. Na concepção dos liberais as sociedades são caracterizadas por uma diversidade de identidades, bem como dos conflitos surgidos entre elas quando não há um consenso diante da pluralidade de concepções sobre o bem e sobre o que seria a vida digna. A posição defendida pelos liberais é expressa de forma clara no conceito, quanto afirma que, “(...) os liberais contemporâneos estabelecem uma vinculação entre pluralismo e individualidades diferenciadas por concepções de bem distintas.”⁸²

Já a corrente contratualista critica a existência de um sujeito “universal” por meio da ênfase à multiplicidade de identidades e culturas étnicas e religiosas presentes nas sociedades. Também se percebe a influência dos comunitaristas no conceito apresentado acima, na seguinte afirmativa, “O pluralismo possui uma outra dimensão, que está associada não à diversidade das concepções individuais

⁸¹ CITTADINO, G., *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 85.

⁸² CITTADINO, G., *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 85.

sobre o bem, mas a existência de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.”⁸³

A autora chama a atenção para dois aspectos distintos do pluralismo: o primeiro, refere-se à possibilidade de cada indivíduo, de acordo com sua concepção de vida boa, eleger o que entende melhor para si, e, o segundo, relacionado à pluralidade de identidades sociais.

A partir da concepção apresentada por uma terceira corrente doutrinária que denominou de crítico-deliberativos e que teria em Jürgen Habermas seu principal representante, o pluralismo seria a junção dos conceitos de liberais e de comunitários, ou seja, os defensores dessa corrente acreditam que

as duas dimensões do pluralismo – isto é, a diversidade das concepções individuais acerca da vida digna e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições – estão presentes nas democracias contemporâneas e não há como optar por uma em detrimento da outra.”⁸⁴

Apesar das diferentes concepções sobre o pluralismo em todas essas correntes teóricas há consenso quanto à existência do pluralismo nas sociedades contemporâneas.

Constatada a existência do pluralismo em nossas sociedades, as diversas concepções apresentadas por liberais, comunitários e crítico-deliberativos irão determinar a ideia que cada um deles faz de justiça. Para os liberais o ideal de justiça está atrelado à ideia de assegurar a cada um dos indivíduos a realização do seu projeto de vida e permitir sua autodeterminação moral. Já para os comunitários a ideia de justiça afasta-se do conceito de imparcialidade e aproxima-se de um consenso ético criado a partir de valores compartilhados pela sociedade.

Nas palavras da autora,

No que diz respeito aos liberais (...) o ideal de justiça delineado busca assegurar a cada indivíduo a realização do seu projeto pessoal de vida. Ao mesmo tempo é possível conformar, segundo os liberais, uma concepção de justiça que, a despeito do “fato do pluralismo”, de que fala Rawls – ou do “desacordo razoável” para usar a expressão de Charles Lamore – possa não apenas garantir a autodeterminação moral dos indivíduos, mas também ser compartilhada por todos. Por seu turno, a argumentação comunitária se volta precisamente contra esta ideia liberal de que é possível elaborar uma concepção de justiça que represente uma solução imparcial

⁸³ Ibid., p. 85.

⁸⁴ Ibid., p. 2

dos conflitos de interesse. Ao descrever as democracias contemporâneas como sociedades em que o pluralismo se caracteriza pela diversidade de identidades sociais e culturais, os comunitários – adotando uma metodologia particularista – pretendem conformar uma concepção de justiça que não se vincule à idéia de imparcialidade, mas, ao contrário, ao estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados.⁸⁵

Enquanto no ideal de justiça defendido pelos liberais há uma valorização dos direitos fundamentais, no ideal dos comunitários encontra-se priorizada a soberania popular. Enfatizando a importância dos direitos fundamentais, liberais valorizam a autonomia privada que segundo eles não pode sofrer ingerências por parte do Estado. “a neutralidade estatal é uma exigência que decorre do próprio pluralismo.”⁸⁶ Para os comunitários a soberania popular, tida como participação ativa nos assuntos públicos, “é mais adequada à existência dos diversos centros de influência social e poder político que configuram o pluralismo das democracias contemporâneas.”⁸⁷

Já para Habermas as duas concepções de justiça, a dos liberais e a dos comunitários, devem unir-se sem que se estabeleça qualquer hierarquia entre elas. Para ele tanto a autodeterminação moral defendida pelos liberais, quanto a auto-realização ética defendida pelos comunitários devem ser defendidas, pressupondo-se mutuamente. “Ao contrário, Habermas pretende demonstrar que a autonomia privada – vinculada à autodeterminação moral – e a autonomia pública, associada à auto-realização ética, pressupõem-se mutuamente.”⁸⁸ Segundo ele há uma relação de co-originalidade entre direitos fundamentais e soberania popular, na medida em que somos, ao mesmo tempo, autores e destinatários do direito.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é possível notar uma forte influência dos defensores das idéias comunitaristas. Tal fato pode ser percebido

Independente das diferenças acima apontadas, em todos os casos, o que serve de fundamento ao pluralismo é o respeito à diferença. Tal reconhecimento implica no respeito à diferença, tanto por parte do Estado quanto dos particulares. Dentro desse entendimento, não pode o Estado impor, aos particulares, uma visão

⁸⁵ CITTADINO, G., *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 2.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 6-7.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 6.

de mundo que atenda seus interesses, mas “possibilitar aos cidadãos que eles desenvolvam, ao máximo, suas potencialidades, seu projeto de vida, que eles se realizem por intermédio da concretização da sua dignidade, para proporcionar o livre desenvolvimento da sua personalidade.”⁸⁹

Ana Carolina Brochado Teixeira afirma quanto à ideia do pluralismo,

Enfim, a idéia de pluralismo pressupõe uma diversidade de visões de mundo, da possibilidade de que cada pessoa tenha uma concepção própria e individual do que seja bom, da possibilidade de cada um construir seu projeto de vida único e individual de forma coerente com seus desejos, crenças, vicissitudes.⁹⁰

O pluralismo não foi a ideia predominante em todos os tempos: no período medieval, tinha-se uma visão unificada de mundo, todos compartilhavam a mesma ideia do que seria bom. Tal concepção se justificava pela crença religiosa, que creditava a Deus a responsabilidade pelos sucessos e insucessos individuais, subtraindo do indivíduo a responsabilidade por seus atos.⁹¹ Nas palavras da mesma autora,

Todos, independente de seus projetos, têm igual valor para o direito, pois o que mudou foi que o indivíduo passou a ter importância pelo simples fato de ser pessoa, que pode elaborar seus projetos de vida e viver segundo as próprias convicções, com as próprias singularidades.⁹²

Na atualidade, o pluralismo é um valor defendido em todos os Estados Democráticos. Segundo Gisele Cittadino, “O pluralismo é uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas. (...) já não é possível configurar uma ideia substantiva acerca do bem que venha a ser compartilhada por todos.”⁹³ O respeito à pluralidade é inerente à democracia, que também impõe o reconhecimento recíproco de iguais direitos a espaços individuais de se manifestar, de edificação da personalidade.⁹⁴

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira,

⁸⁹ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 69.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 67.

⁹¹ *Ibid.*, p. 64.

⁹² *Ibid.*, p. 65.

⁹³ CITTADINO, G., *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 1.

⁹⁴ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 65.

O pluralismo consiste em entender que uma Constituição que seja democrática não se contenta apenas em aplicar a regra da maioria, pois esta ignora as aspirações individuais, bem como os desejos das minorias; corre-se o risco de a realidade se transformar na ditadura da maioria.⁹⁵

E possível notar a defesa do pluralismo na Constituição Federal de 1988; já a partir do preâmbulo, que reza a instituição, “(...) de uma sociedade fraterna, pluralista, e sem preconceitos, (...)”, no art. 1º, V, que coloca o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e ainda no art. 3º, que dispõe acerca dos objetivos fundamentais, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.”

Segundo a mesma autora,

A Constituição determinou, por ser moderna, que o pressuposto deve ser uma cultura heterogênea, pois o mundo hoje é globalizado e multicultural, baseado em concepções de vida que se fundamentam na diversidade, na diferença. Daí por que deve o Estado apoiar diferentes manifestações culturais de autonomia e autogoverno, de modo que também a sociedade respeite tais concepções, para haver um reconhecimento mútuo da diversidade.⁹⁶

Quando se fala de pluralismo jurídico e autonomia privada, surge uma outra questão a ser analisada: diante do fato do pluralismo possibilitar que várias concepções distintas coexistam, questiona-se se existe, e qual seria o limite de atuação individual capaz de não interferir na ordem pública, ou seja, qual seria o espaço reservado pelo Estado aos indivíduos para que possam se autoderminar.

Pode-se afirmar que a relação existente entre autonomia privada e ordem pública não foi a mesma em todos os tempos e, principalmente, em todos os tipos de Estado.

Da mínima interferência na esfera individual, do Estado Liberal à máxima interferência no Estado Social, é possível afirmar que o que se busca hoje é um equilíbrio capaz de proporcionar o respeito às particularidades, sem que isso signifique a invasão da esfera de terceiro, ou seja, o que se busca é uma atuação estatal, apenas nos casos em que os atos de autodeterminação impliquem invasão na esfera de terceiros.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira,

⁹⁵ Ibid., p. 66.

⁹⁶ Ibid., p. 66-67.

Da mínima interferência do Estado, existente no Liberalismo, à contundente intervenção estatal no *Welfare State*, buscamos, hoje, um equilíbrio que respeite as particularidades de cada um, tendo em vista que a proteção constitucional se verteu para a pessoa humana. (...) no âmbito de um direito civil constitucional, a ingerência externa apenas ocorra quando a ação humana invade a esfera jurídica de terceiros ou quando há vulnerabilidade.⁹⁷

No Estado Democrático de Direito, é a defesa do pluralismo jurídico que possibilita ao particular atuar conforme suas concepções, fazendo da autonomia privada, forma de decidir também sobre questões existenciais, de forma a possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade, ainda que a ideia de bem pleiteada não coincida com o ideário da maioria.

Segundo a mesma autora,

Nesse contexto, a concepção existencial de autonomia privada, que pretende a realização do projeto pessoal que cada um edifica para si, tem total cabimento no paradigma do Estado Democrático de Direito, que tem como principal característica o pluralismo social e jurídico, que considera o projeto de vida individual como possível, independente de aderir ou não ao ideário da maioria.⁹⁸

Importante ainda, no presente trabalho, a compreensão do multiculturalismo, por ser conceito que complementa o estudo do pluralismo, seja social ou jurídico. Por multiculturalismo, entende-se a coexistência de diversas culturas no mundo, tanto dentro de um mesmo Estado quanto em Estados distintos, fundamenta-se no reconhecimento da diferença e no direito a esta, fazendo com que as diferenças sejam igualmente reconhecidas e respeitadas.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira, no que diz respeito especificamente ao ordenamento jurídico brasileiro,

A questão fundamental, no caso brasileiro, é buscar uma interpretação constitucional que conflua os conceitos de pluralismo e multiculturalismo, de modo que se considere a possibilidade de cada indivíduo construir, no âmbito da sua cultura, sua crença, da sua realidade contextualizada, as diretrizes da própria vida, que sejam emancipatórias e que tutelem a própria dignidade, segundo concepções próprias de vida digna ou de vida boa.⁹⁹

⁹⁷ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 71.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 73.

⁹⁹ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 75.

Ainda no que diz respeito ao multiculturalismo como marca constante das sociedades contemporâneas e suas formas de identificação, importante destacar as palavras de Carolina de Campos Melo,

A fragmentação inerente ao multiculturalismo pode ser percebida de diversas maneiras. No “Novo Mundo” – Canadá, Estados Unidos e América Latina, incluindo o Brasil – o convívio com a diferença marcou o contato entre colonizadores e colonizados. Esta pode ser ainda detectada em sociedades nas quais grupos nacionalistas reivindicam maior autonomia ou mesmo secessão em face dos seus Estados como os chechenos, os Kurdos, bascos, católicos irlandeses ou Kosovares. Ainda, outra forma de pluralidade pode ser diagnosticada em sociedades nas quais fluxos migratórios alteram por completo o quadro demográfico-cultural, notadamente Estados Unidos, Canadá, Austrália e Europa Ocidental.¹⁰⁰

Tanto nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira quando nas de Carolina de Campos Melo, a necessidade de conviver com a diferença é apontada como inerente às sociedades contemporâneas, merecendo destaque o fato de que no Brasil tal convívio com a diferença pode ser observado desde a colonização até os dias atuais.

3.3

Possibilidade de autodeterminação dos direitos da personalidade

Para se falar na possibilidade da autodeterminação dos direitos da personalidade, é preciso definir quais são os requisitos para que o ato de autodeterminação seja considerado válido. Saliente-se que os atos de aceitação ou de disposição do exercício dos direitos da personalidade são atos de autonomia.¹⁰¹

Primeiramente, é preciso definir, se tais atos podem ser classificados como negócios jurídicos, uma vez que tal nomenclatura sempre se referiu a atos relativos a situações patrimoniais. A partir do gênero atos jurídicos, temos duas espécies, os atos jurídicos *stricto sensu* e o negócio jurídico, sendo que, no primeiro, os efeitos são decorrência da lei e, no segundo, os efeitos decorrem preponderantemente da vontade das partes e não de disposição legal. “Os negócios jurídicos são atos em que o elemento volitivo possui uma direção certa, a

¹⁰⁰ MELO, C. C., *Reconhecimento/Redistribuição: Por uma nova Teoria da Justiça*, p. 118-119.

¹⁰¹ TEIXEIRA, A. C. B., op. cit., p. 101.

dos efeitos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento, mas cujo conteúdo tem um âmbito de livre disposição.”¹⁰²

Segundo Maria Helena Diniz,

A presença necessária da emissão da vontade no negócio jurídico e sua conformidade com a lei sugere uma investigação a este elemento volitivo, o que já não ocorre com o ato jurídico em sentido estrito em que a intenção das partes situa-se em plano secundário, e cujo efeito se produz *ex lege*.¹⁰³

É certo que a categoria do negócio jurídico foi criada em uma época em que as situações existenciais não eram conhecidas enquanto fenômenos jurídicos, ocorre que, na atualidade, tal categoria adequa-se às situações que refletem na esfera pessoal dos indivíduos.¹⁰⁴ Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “Deve-se pensar uma aplicação, como afirmado, qualitativamente diferente para a autonomia nas situações existenciais, mas, nem por isso, essas deixarão de ser entendidas como negócios jurídicos.”¹⁰⁵

Definido que o negócio jurídico também é categoria que se aplica aos atos de autonomia existencial, importante analisar como os elementos previstos no artigo 104¹⁰⁶ do Código Civil Brasileiro aplicam-se a tais situações.

O primeiro elemento a que o Código faz referência é o agente capaz. Nas situações que envolvem questões existenciais, averiguar se o agente tem discernimento, torna-se mais importante que a análise da capacidade. O que importa é que o agente tenha discernimento, seja capaz de entender a situação concreta e manifestar sua vontade.¹⁰⁷ Como nesses casos o que se almeja é a concretização da dignidade humana e a promoção da personalidade, as subjetividades devem ser amplamente respeitadas.¹⁰⁸

¹⁰² MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 111.

¹⁰³ DINIZ, M. H., *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 448.

¹⁰⁴ TEIXEIRA, A. C. B., op. cit., p. 104.

¹⁰⁵ Ibid., p. 104.

¹⁰⁶ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.”

¹⁰⁷ Especificamente no que diz respeito ao discernimento como fator preponderante para as situações jurídicas existenciais, merece crítica a Resolução n.º 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece a idade mínima de 21 anos para a realização da cirurgia de redesignação sexual. Se o discernimento, como dito, assume posição prioritária nas situações jurídicas existenciais, condicionar a realização da cirurgia idade, não respeita tal posição.

¹⁰⁸ Rose Melo Venscelau Meireles, afirma que mesmo os civilmente incapazes devem ter sua vontade respeitada, quanto estiverem em jogo situações existenciais, afirmando: “A condição real

O discernimento garante que a pessoa esteja agindo de forma livre, sem a influência de pressões externas. “Podemos, então, afirmar que para que a ação seja autônoma ‘em termos dos agentes normais que agem (1) intencionalmente, (2) com entendimento e (3) sem influências controladoras que determinem sua atuação.’”¹⁰⁹

O regime das capacidades, estabelecido de uma forma rígida pelo Código Civil não atende ao fundamento das situações jurídicas existenciais, sendo mais adequado a esses casos o discernimento. Mesmo no campo não existencial ou patrimonial, tal regime vem sendo constantemente desafiado como acontece corriqueiramente nos contratos de compra e venda de bens de pequeno valor. Dificilmente será considerado inválido um contrato dessa espécie no qual um menor com quatorze anos adquira uma revista em quadrinhos ou uma barra de chocolate.

Denis Franco Silva afirma que o regime das incapacidades previstos no Código Civil Brasileiro, “voltado para relações de caráter patrimonial, não pode ser simplesmente transposto para situações de caráter existencial, onde o valor autonomia não pode ser relativizado por questões de segurança no tráfego negocial ou operabilidade.”¹¹⁰

A importância do discernimento para a prática de atos que impliquem reflexos na esfera existencial é enfatizada por Rose Melo Vencelau Meireles, ao tratar o que denominou princípio do consentimento qualificado, tido pela autora como um dos princípios comuns aos atos de autonomia existencial. Tal princípio segundo a autora, enfatiza a vontade subjetiva do titular do direito, declarante. Para ela, “a vontade qualificada é expressa, espontânea, pessoal, atual e esclarecida.”¹¹¹

de discernimento em cada caso passa a ser fundamental para que tenha alguma eficácia a manifestação de vontade daquele considerado civilmente incapaz. De fato o discernimento é critério imprescindível, inclusive na manifestação da incapacidade.” E cita ainda, o Enunciado n.º 138, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, “no qual interpretou-se o Art. 3º do Código Civil da seguinte forma: Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto (www.jf.gov.br.” MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*. p. 129-130.

¹⁰⁹ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 105.

¹¹⁰ SILVA, D. F., *O princípio da autonomia: da Invenção à Reconstrução*, p. 153.

¹¹¹ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*. p. 223.

O regime das incapacidades do Código Civil, segundo a mesma autora devem ser interpretados de forma a garantir a promoção da personalidade, não estando adequado às situações existenciais onde deverá prevalecer como critério, o discernimento. Para ela, “nas situações existenciais, também a incapacidade deve ser entendida como instituto protetivo, porém, nesse caso, este fim se alcança com o respeito da participação do incapaz, sempre que presente o discernimento.”¹¹²

O segundo elemento referenciado no inciso II, do art. 104 do Código Civil é o objeto, que nas situações jurídicas existenciais referem-se a questões relacionadas ao livre desenvolvimento da personalidade. É a delimitação do objeto que irá diferenciar as situações patrimoniais das existenciais e, por consequência, a disciplina jurídica adequada a cada uma delas.

No inciso III, o Código faz referência a forma prescrita ou não defesa em lei; para os atos de autonomia existenciais, vigora a liberdade de forma. “A forma livre é, inclusive, facilitadora da disposição existencial voltada ao livre desenvolvimento da pessoa.”¹¹³ e ¹¹⁴

Dispõe ao artigo 11¹¹⁵ do Código Civil Brasileiro, serem os direitos da personalidade, intransmissíveis¹¹⁶ e irrenunciáveis,¹¹⁷ ocorre que a interpretação

¹¹² Ibid., p. 223.

¹¹³ Ibid., p. 142.

¹¹⁴ Rose Melo Vencelau Meireles destaca que em alguns casos específicos a lei exige forma especial como “No caso de transplantes *post mortem*, o art. 4º da Lei nº 9.434/1997 determina que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo da pessoa falecida dependerá de autorização do cônjuge ou parente até o segundo grau, observada a linha sucessória, a qual será firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.” Ibid., p. 142.

¹¹⁵ “**Art. 11.** Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

¹¹⁶ Quanto à intransmissibilidade, merecem destaque, o art. 12, parágrafo único (“**Art. 12.** Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. **Parágrafo Único.** Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”) e o art. 20, parágrafo único (“**Art. 20.** Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. **Parágrafo Único.** Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”), esses dispositivos permitem que medidas de proteção dos direitos da personalidade de pessoas já falecidas sejam tomadas por outras pessoas. Nesse caso, como destaca Rose Melo Vencelau Meireles, “Não há exceção à intransmissibilidade das situações existenciais, pois neste caso tem-se uma situação patrimonial transmissível aos herdeiros” MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*. p. 167. Importante ainda mencionar o Enunciado n.º 275, aprovado na IV Jornada de Direito Civil – “Arts. 12 e 20. O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e

de tal dispositivo legal vem sendo relativizadas nos últimos tempos, em razão de um leitura constitucionalizada das normas de Direito Civil. Outros fatores contribuíram para tal fato, dentre eles podem ser citados os avanços científicos, principalmente, na área da medicina e as novas necessidades humanas.¹¹⁸

Tal relativização pode ser percebida pelo posicionamento de diversos doutrinadores e ainda em alguns enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal.¹¹⁹

Maria Celina Bodin de Moraes apresenta o seguinte questionamento quanto ao dispositivo:

Com efeito, debate-se atualmente se, em virtude do mesmo princípio fundamental da proteção da dignidade humana, não deveria, logicamente, uma expansão da autonomia privada no que se refere às escolhas da vida privada de cada pessoa humana? Ou seja, a privacidade garantida pela Constituição a uma pessoa digna, plenamente capaz, não deveria significar, pelo menos em linha de princípio, mais amplo poder de escolha sobre os seus bens mais importantes?
(...)

20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro.” (Disponível em <<http://www.jf.gov.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em 29 de agosto de 2010.)

¹¹⁷ Além das citadas características, a doutrina, conforme mencionado anteriormente, costuma atribuir as seguintes aos direitos de personalidade: inatos, extrapatrimoniais, absolutos, indisponíveis, imprescritíveis e intransmissíveis. “Em doutrina destacam-se as características dos chamados direitos da personalidade. São eles: inatos, no sentido de surgiram com a própria existência da pessoa humana; extrapatrimoniais, embora sua lesão possa surtir efeitos patrimoniais; absolutos, isto é, oponíveis *erga omnes*; indisponíveis, abrangendo sua impenhorabilidade e a mencionada irrenunciabilidade; imprescritíveis, pois a sua lesão não convalesce com o tempo; e a citada intransmissibilidade. (TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, p. 33)

¹¹⁸ CORTIANO JUNIOR, E., *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*, p. 40.

¹¹⁹ Como exemplos podem ser citados os seguintes Enunciados:

Enunciado n.º 4: “O exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”;

Enunciado n.º 139: “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direitos de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.”;

Enunciado n.º 276: “ O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.” ;

Enunciado n.º 279: “A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito ao amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.”

Disponível em <<http://www.jf.gov.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em 29 de agosto de 2010.

São apenas circunstanciais as duas grandes questões que a vida social propõe hoje, não apenas aos operadores do direito, no que se refere aos direitos da personalidade: “quando” (em que circunstâncias?) e “quanto” (em que medida?), à luz do princípio maior da dignidade da pessoa humana, podemos dispor, com autonomia e informação, acerca de nós mesmos? Que limites deverão ser impostos à autodeterminação?¹²⁰

As palavras da autora demonstram de forma clara a preocupação com os limites à autodeterminação dos direitos da personalidade. Seu questionamento parte do pressuposto de que tais direitos referem-se ao que o homem tem de mais precioso; devendo, portanto, competir somente a ele as suas escolhas.

A maior parte da doutrina, afirma a indisponibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, afirmados no art. 11 do Código Civil. Segundo Adriano De Cupis, “Os direitos da personalidade, enquanto intransmissíveis, são também indisponíveis, não podendo, pela natureza do próprio objecto, mudar de sujeito, nem mesmo pela vontade do seu titular.”¹²¹, e ainda, “Os direitos da personalidade não podem ser eliminados por vontade do seu titular – é o que costuma exprimir-se geralmente dizendo que os direitos da personalidade são irrenunciáveis.”¹²²

Prevalecendo a tradicional interpretação acerca da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, é possível afirmar a existência de uma contradição entre o Código Civil e a Constituição Federal, uma vez que esta, ao estabelecer um espaço de decisão individual, ou seja, pertencente unicamente à pessoa, permite a renúncia a tais direitos, quando tal fato faça parte de seu projeto de vida.

Segundo Rose Melo Vencelau Meireles,

A afirmação de que os direitos da personalidade, os direitos pessoais ou, como se prefere, as situações jurídicas existenciais são indisponíveis é demais simplória e desconsidera que a autonomia privada em termos exclusivamente patrimonialistas é incompatível com a centralidade que a pessoa humana ocupa no ordenamento jurídico brasileiro.¹²³

O exercício ou não dos direitos de personalidade, deve ser compreendido como uma manifestação da personalidade do indivíduo, uma vez que como dito anteriormente, nessas situações, deve predominar a liberdade. Esses direitos não

¹²⁰ MORAES, M. C. B., *Ampliando os direitos da personalidade*, p. 376 e 378.

¹²¹ DE CUPIS, A., *Os direitos da personalidade*, p. 51.

¹²² *Ibid.*, p. 52.

¹²³ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*. p. 157.

podem ser vistos como imposições, mas sim como instrumentos de garantia do livre desenvolvimento da personalidade, garantidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira,

Compreender os direitos de personalidade como irrenunciáveis significa, *a priori*, que o titular dos direitos de personalidade tem o dever de exercê-los, mesmo que isso contrarie o seu projeto de vida individual, a ser exercido em um Estado plural; estabelecer que tais direitos são indisponíveis, significa que sua essência transmuda-se de direito para dever.¹²⁴

É preciso reconhecer que os projetos de vida e os valores em uma sociedade são distintos, devendo ser permitido que cada pessoa possa optar pelos que lhe atendam e sejam condizentes com a construção de sua personalidade. Em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, que tem como pilares fundamentais, garantidos constitucionalmente, o pluralismo, a dignidade da pessoa humana e a liberdade, falar em indisponibilidade dos direitos da personalidade soa incompatível.

A limitação ao exercício de tais direitos só deve ocorrer quanto o titular for incapaz de discernir de forma livre. Apenas nas hipóteses de hipossuficiência, justifica-se a limitação para a proteção do titular.

Sobre a importância do discernimento na definição das situações jurídicas existenciais, afirma Ana Carolina Brochado Teixeira:

Quando inexistem situações de hipossuficiência ou vulnerabilidade do titular do direito, padece de sentido a restrição hermética do art. 11, vedando a autonomia privada, pois ele contraria a ideia anteriormente construída da existência de um espaço exclusivamente destinado a decisões pessoais, que não está disciplinado em regras taxativas, guardando fundamento direto na principiologia constitucional.¹²⁵

Admitida a renúncia ao exercício dos direitos de personalidade, sua tutela pode ser analisada sob dois aspectos, um positivo e outro negativo. O aspecto negativo diz respeito ao não exercício de tais direitos; já, o positivo, refere-se a proteção a ser dada pelo ordenamento jurídico aos atos de autonomia privada e ainda ao fato de as decisões deverem ser respeitadas pelo Estado e por terceiros, ainda que pareçam estranhas ou incomuns.¹²⁶ Segundo Rose Melo Vencelau

¹²⁴ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 139.

¹²⁵ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 142.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 142-143.

Meireles, “Enquanto que a tutela negativa se satisfaz com um comportamento negativo *erga omnes*, a tutela positiva consiste na possibilidade de autodeterminação do sujeito naquelas situações relacionadas ao *ser*.”¹²⁷

Concluindo, Ana Carolina Brochado Teixeira afirma quanto à interpretação que entende adequada ao art. 11 do Código Civil,

O art. 11, portanto, deve ser interpretado da seguinte forma: quando afirma que os direitos de personalidade são irrenunciáveis, salvo nos casos previstos em lei, deve-se entender que a *lei* remete a Constituição, que criou um espaço onde apenas são legítimas as decisões pessoais, por serem autorreferentes, abarcando questões atreladas à intimidade, à privacidade, ao próprio corpo, *etc.* Assim, não se trata de renúncia propriamente dita, ou mesmo de disposição, mas, sim, de legítimo exercício de direito, pois dispor de certos direitos, mesmo que de caráter íntimo, é a forma com a qual a pessoa se realiza, numa legítima ação autônoma; trata-se de se aceitar certa relatividade na forma de exercício de direitos personalíssimos, de modo a tutelá-los positiva ou negativamente. Se não for esta a hermenêutica aplicada a tal dispositivo, o mesmo padecerá de flagrante inconstitucionalidade, mesmo que parcial, pois não é possível interpretá-lo contra a Carta Magna.¹²⁸

3.4

Limites à autodeterminação dos direitos da personalidade

Visto que o art. 11 do Código Civil brasileiro restringe a autonomia privada, relativa aos direitos da personalidade, dispondo serem os mesmos intransmissíveis e irrenunciáveis, e feitas as críticas a uma interpretação literal de tal dispositivo que negaria uma interpretação constitucionalizada, resta estabelecer, quais seriam os limites impostos aos atos de autodeterminação.

A indisponibilidade dos direitos da personalidade, determinada no art. 11 do Código Civil, que determina a sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade, como visto acima, não pode ser interpretada de maneira absoluta. No presente trabalho, interessam os atos de disposição que acarretam mudanças em situações jurídicas preexistentes.

Segundo Rose Melo Vencelau Meireles, a tutela das situações jurídicas existenciais, podem ser negativas ou positivas. Serão negativas quando exigirem um comportamento negativo *erga omnes* e, positiva, quando tiver por objetivo, o

¹²⁷ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*. p. 155.

¹²⁸ TEIXEIRA, A. C. B., *op. cit.*, p. 143.

livre desenvolvimento da personalidade, através da autodeterminação.¹²⁹ Interessa aqui, a análise da tutela positiva.

Para que o ato de disposição seja tutelado pelo ordenamento jurídico, é preciso que exista merecimento. A análise do merecimento é feita a partir da liberdade que integra o conteúdo jurídico da dignidade humana e visa ao livre desenvolvimento da personalidade.

Visto que, mesmo diante da disposição expressa no art. 11 do Código Civil brasileiro, é possível falar em disponibilidade dos direitos da personalidade, é preciso analisar se existem limites a estes atos de disposição.

3.4.1 Limites internos

A Constituição Federal de 1988, ao qualificar como direito fundamental a liberdade, no art. 5º, *caput*, e a intimidade e a privacidade, no inciso X, além de outros direitos fundamentais, garantiu espaços de decisão que cabem exclusivamente ao indivíduo.

O catálogo aberto de direitos fundamentais, instituídos constitucionalmente, atribuem ao indivíduo, a possibilidade de exercê-los de forma livre, da maneira que melhor atendam ao seu projeto individual.¹³⁰ “(...) no âmbito dos direitos fundamentais, pode a pessoa agir de acordo com o que entende ser melhor para si, principalmente, no que tange às decisões referentes a si mesmo (...)”¹³¹

Por se referirem as situações que dizem respeito à vida privada, à intimidade, as questões autorreferentes só serão legítimas se decididas pelo próprio titular; apenas se forem condizentes com o projeto de vida e a concepção de vida boa de seu titular tais decisões serão legítimas.

Não cabe, nessa esfera, qualquer interferência heterônoma, nem mesmo do Estado ou do legislador. As ingerências externas em tais questões significam uma agressão. Em um Estado Democrático de Direito, defender a legitimidade do próprio titular para a tomada de decisões referentes à construção e ao desenvolvimento da personalidade, significa a defesa da democracia, ainda que tal

¹²⁹ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*. p. 155.

¹³⁰ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 111.

¹³¹ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 111.

decisão seja contramajoritária. Para Ana Carolina Brochado Teixeira tais decisões são manifestação da liberdade do titular, afirma a autora,

O que se pode fazer no interior deste espaço privado é uma decisão que compete apenas à própria pessoa. Permissões ou proibições normativas estão vedadas, por se tratar de manifestações heterônomas, que se tornam ilegítimas perante a tutela da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, que devem ser exercidos como expressão de liberdade do seu titular, sem imposições culturais ou normativas, sob pena de flagrante desrespeito à concepção de vida boa adotada pela pessoa, com base na qual construiu o seu projeto de vida no que tange a aspectos existenciais.¹³²

Dessa forma, é possível afirmar que o limite para os atos de autonomia privada existencial são internos, já que a decisão legítima é aquela tomada pelo titular do direito. Tal limite é imposto pelo próprio ordenamento jurídico, ao garantir espaços de decisão individuais, livres de qualquer interferência externa, sejam de terceiros, de sociedades intermediárias ou do Estado.

3.4.2 “O outro”

Outro fato limitador dos atos de disposição dos direitos da personalidade que pode ser apontado está na instersubjetividade. Quando os atos autorreferentes interferirem na esfera jurídica de terceiros, existirá uma barreira para a sua eficácia.

Atualmente, a leitura que se faz do princípio da liberdade não corresponde à ampla e irrestrita liberdade defendida no século XIX e início do século XX. Hoje, esse princípio deve ser visto como a possibilidade do livre exercício da vida privada.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes,

O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor lhe convier.¹³³

¹³² Ibid., p. 115.

¹³³ BODIN DE MORAES, M. C., *O princípio da dignidade humana*, p. 43.

É preciso salientar que o homem vive em sociedade e que, apesar de tais questões dizerem respeito à subjetividade, quando repercutirem socialmente, ou seja, na esfera social de terceiros, deverá ser invocado o princípio da solidariedade.

Para Rose Melo Vencelau Meireles,

Resta, portanto, afirmar que a autonomia da pessoa é merecedora de tutela quando exercida em função do desenvolvimento da sua personalidade, o que deve ser ponderado concretamente com outros princípios fundantes também do conteúdo jurídico da dignidade humana, especialmente, se os efeitos do ato de autonomia existencial recaírem também sobre um terceiro que, por um lado, não deve ser prejudicado, por outro, não pode ter sua personalidade desenvolvida às custas da instrumentalização de outrem.¹³⁴

Denis Franco Silva fala em “autonomia intersubjetiva” nos seguintes termos, “apresenta-se, dessa maneira, uma noção de autonomia intersubjetiva, reconhecedora do fato de que o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo depende da realização da liberdade das outras pessoas.”¹³⁵. Essa noção apresenta um limite à liberdade – aqui especificamente a liberdade/possibilidade de autodeterminação – representado pela liberdade do outro.

Além desses, podem ser apontados como fatores limitadores a ordem pública e os bons costumes¹³⁶, que serão analisados a seguir.

3.4.3 Ordem Pública

Um dos fatores que pode ser apontado como limitador, na autodeterminação dos direitos da personalidade, é a ordem pública. Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “A ordem pública é entendida como limite colocado à validade do consentimento e se identifica com o complexo de princípios gerais,

¹³⁴ MEIRELES, R. M. V., *Autonomia privada e dignidade humana*. p. 200.

¹³⁵ SILVA, D. F., *O princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução*, p. 145.

¹³⁶ Francisco Amaral também apresenta a ordem pública e os bons costumes como elementos limitadores dos atos de autonomia privada. Na conceituação apresentada pelo autor é possível perceber o entendimento de que a esfera de aplicação dos atos de autonomia privada se restringem ao direito patrimonial, posicionamento com o qual não concordamos. Nas palavras do autor, “Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. E bons costumes como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc. AMARAL, F., *Direito Civil*, p. 339.

fundamentais e inderrogáveis do ordenamento público do Estado, que não podem ser superados pelo poder de disposição dos cidadãos.”¹³⁷

Com a constitucionalização do Direito Civil, a utilização do conceito de ordem pública deve ser analisado tendo em consideração a centralidade dada a pessoa humana em nosso ordenamento jurídico; o que significa que a sua dignidade deve ser encarada como princípio fundamental, elencado no art. 1º, III, da Constituição.

O conceito de ordem pública, surgido na ideologia do Estado Social, e que “determinava a prevalência do interesse público sobre o interesse privado”¹³⁸, não mais atende no contexto do Estado Democrático de Direito. Não há mais que se falar em prevalência do público sobre o privado. “A ordem pública, em síntese, pode ser redefinida a partir do interesse do ordenamento na tutela e desenvolvimento da personalidade.”¹³⁹

3.4.4 Bons costumes

Outro fator limitador aos atos de autodeterminação dos direitos da personalidade que pode ser apontado são os bons costumes, previstos de forma expressa no art. 13¹⁴⁰ do Código Civil Brasileiro. Tal dispositivo coloca os bons costumes como fator limitador aos atos de disposição do próprio corpo. No presente trabalho, analisá-lo-emos como limitador aos atos de autodeterminação dos direitos da personalidade.¹⁴¹

¹³⁷ TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 144.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 144.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 144.

¹⁴⁰ “**Art. 13.** Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. **Parágrafo Único.** É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.”

¹⁴¹ Tal conceito aparece em inúmeros outros dispositivos do Código Civil, podemos citar, dentre outros:

“Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

“Art. 1.335. São direitos do condômino:

(...)

IV – dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.”

O conceito de bons costumes é variável no tempo e no espaço. É inegável o fato de que as concepções morais estão sujeitas à mudança de acordo com o contexto histórico e espacial que se analisa. O que uma coletividade compartilha, em termos de princípios morais em determinado lugar, não necessariamente coincide com o que é compartilhado em outro, valendo o mesmo para as variações temporais. Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “Trata-se de um conjunto de preceitos que impõem determinado comportamento à vida social. Pela sua relatividade, é insuficiente para funcionar como limitação apriorística à disposição de direitos de personalidade.”¹⁴²

A pluralidade da nossa sociedade, na atualidade, impede que se crie um conceito universal de bons costumes, “(...) não há como estabelecer um conceito universal numa sociedade que é plural.”¹⁴³. Além disso, o conceito de bons costumes, deve ter, sob um perspectiva repersonalizada, “fundamento e limite na proteção da pessoa”¹⁴⁴. Não é um conceito que deve ser usado para reprimir, mas sim para proteger, levando em conta a multiplicidade de concepções existentes em uma sociedade pluralista e democrática.

Para Thamis Dalsenter, “Pode-se afirmar que o papel dos bons costumes, dentro da perspectiva da constitucionalização do Direito Civil, encontra razão na máxima segundo a qual todas as pessoas são dotadas de igual dignidade e desta não poderão dispor, sempre que tal disposição resultar na desigualdade entre elas.”¹⁴⁵

“Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.”

¹⁴² TEIXEIRA, A. C. B., *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, p. 146.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 148.

¹⁴⁴ DALSENDER, T., *Corpo e autonomia: a interpretação do art. 13 do Código Civil brasileiro*, p. 117.

¹⁴⁵ DALSENDER, T., *Corpo e autonomia: a interpretação do art. 13 do Código Civil brasileiro*, p. 134.