



Alessandra Dias Baião Gomes

A criança e o adolescente

**Dignidade da pessoa humana e a capacidade de
agir em situações jurídicas existenciais**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro
Março de 2014.



Alessandra Dias Baião Gomes

A criança e o adolescente
Dignidade da pessoa humana e a capacidade de agir
em situações jurídicas existenciais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada:

Prof^a. Maria Celina Bodin de Moraes
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a Caitlin Sampaio Mulholland
Co-Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Adrian Sgarbi
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Ana Carolina Brochado Teixeira
Centro Universitário UNA

Prof^a. Mônica Herz
Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 27 de março de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Alessandra Dias Baião Gomes

Graduou-se em direito no ano de 2003. Pós graduou-se em Direito Público em 2007 e em Docência do Ensino Superior em 2008. É professora de Direito Civil da Rede de Ensino DOCTUM, unidade de Caratinga/MG. É coordenadora do núcleo de área jurídico da mesma instituição e membro do Núcleo Docente Estruturante – NDE da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga.

Ficha Catalográfica

Gomes, Alessandra Dias Baião

A criança e o adolescente: Dignidade da pessoa humana e a capacidade de agir em situações jurídicas existenciais. Alessandra Dias Baião Gomes; orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2014.

121 f. ; 30 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Dignidade da pessoa Humana. 3. capacidade de agir. 4. situações jurídicas existenciais. 5. consentimento informado. I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Dedico este trabalho a meus pais cuja força e coragem me inspira a ser uma pessoa melhor a cada dia.

Agradecimentos

Havia um sonho a ser realizado e houve um tempo em que acreditei que não conseguiria. Então, agradeço a Deus a oportunidade de viver tão importante experiência, de ter saúde para desenvolver projetos que precisaram, temporariamente, serem adiados.

Agradeço a meus pais por não me faltarem em nenhum momento, com uma palavra de carinho, um ouvido atento e acolhedor.

Agradeço a meu marido, Fabrício, pela compreensão diante de tantos momentos de ausência, mas, sobretudo por ser a metade de mim que transbordava serenidade e gentileza nos momentos em que eu me sentia ansiosa e nervosa. À extensão deste agradecimento à minha cunhada e concunhado pelo acolhimento em seu lar em Vila Velha, durante as aulas do mestrado.

Agradeço as minhas irmãs pelas orações e pela generosidade com que cuidaram de mim, fazendo de tudo para que os obstáculos fossem mais suaves eu pudesse rapidamente seguir a diante. E não poderia deixar de mencionar o apoio incondicional que recebi da Tia Margarete Baião, como amiga, boa ouvinte e conselheira.

Agradeço aos meus colegas de mestrado e docentes da Rede de Ensino DOCTUM por tornarem nossas viagens divertidas com debates jurídicos que contribuíram para que chegássemos, enfim, ao momento de conclusão.

Em especial agradeço à minha amiga querida, Juliana Ervilha, colega na docência e no mestrado, um ser humano raro, um coração de gigante. Ao meu lado em todos os momentos, inclusive me auxiliando na leitura de tudo que eu escrevia, não tenho como expressar, em palavras, tanto carinho que dela tenho recebido.

Não poderia me esquecer do colega e parceiro nos debates jurídicos, professor Rodolfo, que nos últimos minutos me acudiu na revisão da língua inglesa.

Agradeço a Rede de Ensino DOCTUM, pelo incentivo e pelos auxílios recebidos sem os quais este trabalho não poderia ter sido desenvolvido.

Uma importante lembrança à Heloisa Albuquerque, da superintendência de ensino superior da Rede de Ensino DOCTUM, cuja experiência transmitida em nossas conversas me conduziu por caminhos mais suaves. Obrigada por compartilhar comigo suas vivências.

Agradeço imensamente a professora Letícia Martel pelo carinho com que me recebeu no Rio de Janeiro, no feriado da consciência negra, fora do seu local de trabalho para acalmar minha ansiedade e conduzir minhas primeiras leituras. Foi por intermédio dela que conheci a professora Caitlin Mulholland, uma adorável pessoa, assertiva e delicada para conduzir a co-orientação deste trabalho. Sem a compreensão dela sobre minhas limitações, certamente seguir a diante teria sido muito difícil. Talvez não ao acaso, a vida tenha me conduzido ao encontro da Dra. Maria Celina Bodin de Moraes que ao me avaliar na qualificação do projeto desta dissertação alcançou o encantamento do meu coração pelas obras que escreveu e que tive o prazer de me debruçar na leitura. Encantadora enquanto expõe os argumentos, conduziu a orientação desta dissertação, com a gentileza de quem conduz os primeiros passos de uma criança e me sinto imensamente afortunada pela confiança em mim depositada.

Resumo

Gomes, Alessandra Dias Baião. Moraes, Maria Celina Bodin de. **A criança e o adolescente: Dignidade da pessoa humana e a capacidade de agir em situações jurídicas existenciais**. Rio de Janeiro, 2014. 121p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O objetivo geral desta dissertação é verificar a possibilidade de aplicação de regime jurídico diverso ao proposto pelo Código Civil a situações jurídicas existenciais que envolvem a tomada de decisão das crianças e adolescentes, sobretudo àquelas que envolvem decisão sobre o próprio corpo. Para tanto, há três objetivos específicos a serem desenvolvidos. O primeiro deles é a apresentação da teoria da capacidade jurídica e os direitos fundamentais da personalidade para compreender a perspectiva de disposição jurídica de direitos fundamentais da personalidade. Em continuidade o segundo objetivo é investigar a dignidade da pessoa humana como autonomia para verificar a aplicação de teorias que sustentem a autonomia privada da criança e do adolescente em situações jurídicas existenciais. Por fim, o terceiro objetivo é discutir a capacidade de agir da criança e do adolescente em situações jurídicas existenciais a partir de três casos concretos. Como conclusão geral sustenta-se a aplicação da teoria realista da capacidade de agir, aproximando os conceitos de titularidade e legitimidade sempre que a criança e o adolescente reunirem os requisitos para serem sujeitos do consentimento, devendo ser observados os critérios de validade do consentimento. Concluiu-se ainda que a teoria realista da capacidade de agir deva ser aplicada para dar voz e dignidade aos menores quando envolverem situações jurídicas existenciais de efeitos reversíveis de sorte que esta última conclusão criou três zonas de aplicação da teoria de modo a graduá-la para respeitar o processo de desenvolvimento maturacional do menor e assegurar, assim, sua dignidade.

Palavras – chave

Dignidade da pessoa humana; capacidade de agir; situações jurídicas existenciais; consentimento informado.

Abstract

Gomes, Alessandra Dias Baião. Moraes, Maria Celina Bodin de (Advisor). **Children and adolescents: Human dignity and the ability to act on existential legal situations.** Rio de Janeiro, 2014. 121p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The general objective of this dissertation is to verify the possibility of applying a different legal regime than the proposed by the Civil Code to existential legal situations involving decision making of children and adolescents, especially those that involve decision about their own body. To this end, there are three specific objectives to be developed. The first is the presentation of the theory of legal capacity and the fundamental rights of personality in order to understand the perspective of legal provision of fundamental rights of personality. The second objective is to investigate the human dignity as autonomy to verify the application of theories to support the private autonomy of the child and adolescent in existential legal situations. Finally, the third objective is to discuss the ability to act of children and adolescents in existential legal situations from three specific cases. As a general conclusion it is sustained the application of realist theory's ability to act, bringing together concepts of ownership and legitimacy when children and adolescents meet the requirements to be subject of consent, and that the criteria of validity of the consent must be observed. It was also concluded that the realist theory of capacity to act should be applied to give voice and dignity to children and adolescents when they involve existential legal situations of reversible effects. So that the latter conclusion has created three areas of application of the theory in order to upgrade it to respect the process of maturational development of children and adolescents and thus ensure their dignity.

Keywords

Dignity of the human person; ability to act; existential legal situations; informed consent.

Sumário

1. Introdução	11
2. Personalidade e capacidade jurídica	16
2.1 Personalidade jurídica	18
2.2 Direitos fundamentais da personalidade	22
2.3 Teoria da capacidade jurídica e a teoria das incapacidades	35
2.4 Capacidade de agir em situações jurídicas patrimoniais e existenciais	41
3. O Significante da pessoa humana	51
3.1 A pessoa humana	52
3.2 O princípio e a cláusula geral de proteção humana	57
3.3 Dignidade como autonomia	65
3.4 Dignidade como Heterônoma	73
3.5 Dignidade e a tomada de decisão em crianças e adolescentes	77
3.5.1 Teoria do <i>menor maduro</i>	80
3.5.2 Consentimento informado: critérios para tomada de decisão em crianças e adolescentes.	85
4. A criança e o adolescente: Capacidade de agir em situações jurídicas existenciais	95
4.1 Caso Gillick versus West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority and Another	96
4.2. Caso Hanna Jones versus Herefordshire Primary Care Trust	100
4.3 Caso Josie Romero	105
5. Conclusão	111
6. Referências Bibliográficas	114

Quero agora sugerir que o direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que todos os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre.

Ronald Dworkin, *Domínio da vida*

1

Introdução

Este estudo fará uma abordagem sobre a criança e adolescente na perspectiva das situações jurídicas existenciais. Para tanto, considerar-se-á a criança e adolescente como titulares da dignidade da pessoa humana, como sujeitos de direitos fundamentais, segundo a visão preceituada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela convenção sobre os direitos da criança e o adolescente (Lei 99.710/90).

A história do direito civil, revelada por muitos doutrinadores, aponta para a existência de uma natureza patrimonialista ao instituto da capacidade civil. Os ideais do liberalismo e do individualismo levaram a uma visão do direito privado ligado à noção de propriedade privada. O Código Civil de 1916 seguiu esta linha, tutelando interesses patrimoniais e esquivando-se da pessoa humana em situações jurídicas subjetivas sem caráter patrimonial.

O Código Civil de 2002 recriou a esfera patrimonialista de proteção do ser humano sem, no entanto, resguardar a perspectiva existencial de atuação do mesmo, entrando em vigor desatualizado por ignorar a determinação constitucional de proteção à pessoa humana e sua dignidade. Neste sentido, a capacidade de agir da criança e do adolescente em situações jurídicas existenciais, não foi pensada pelo legislador brasileiro.

Com efeito, o instituto da capacidade civil é hoje aplicado no sistema jurídico brasileiro tanto em situações jurídicas patrimoniais quanto em situações jurídicas existenciais, em uma espécie de analogia que não atende à diversidade de situações jurídicas existenciais, carecendo, assim, de um repensar para se discutir a possibilidade de exercício da autonomia privada de crianças e adolescentes quando o ato se refere a situações subjetivas existenciais.

A doutrina civilista atual considera a personalidade jurídica como um valor, significando a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas. Já a capacidade é considerada como projeção desse valor, “é a medida jurídica desse valor”¹.

¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar: 2008. P. 208.

Orlando Gomes, Caio Mário e outros civilistas propõem a divisão da capacidade jurídica em capacidade de direito e capacidade de exercício. Desta divisão resulta a assertiva de que a primeira conduz o ser humano à titularidade de direitos e deveres e a segunda, à capacidade de agir ou aptidão para o exercício de direitos. Nascendo com vida, pois, o ser humano adquire personalidade e capacidade de direito, todavia a capacidade de agir só se adquire, em regra, com o alcance da maioridade civil. Portanto, a lei civil instituiu a capacidade como regra e a incapacidade como exceção

Nesta medida, a legislação em vigor concede a incapacidade certa gradação, com isso, as crianças e os adolescentes são considerados relativa ou absolutamente incapazes, de acordo com seu maior ou menor grau de discernimento que é marcado pelo *compasso* da idade. Desta feita, é considerado absolutamente incapaz o menor com idade inferior a 16 anos e, relativamente incapaz o menor com idade entre 16 e 18 anos.

A aplicação da teoria da capacidade de agir em situações jurídicas patrimoniais permanece válida na medida em que proporciona proteção ao patrimônio mínimo necessário à existência digna, em referência à dignidade em sentido material. De outra sorte, manter a previsão de incapacidade em razão da idade, expandindo a interpretação para aplicá-la a relações jurídicas existenciais pode gerar uma visão deturpada do ser humano e, em muitas situações, pode ocasionar violação de direitos fundamentais, como por exemplo, aqueles regulamentados nos artigos 7º e seguintes do ECA como o direito à liberdade de expressão e opinião, respeito à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento.

O presente trabalho volve-se para a problemática da capacidade de agir da criança e do adolescente em situações jurídicas existenciais tendo como ponto de partida a legislação brasileira codificada. Diante da aplicação de institutos patrimonialistas às relações jurídicas subjetivas existenciais, indaga-se se seria possível a aplicação de regime jurídico diverso para as relações jurídicas subjetivas que envolvem a tomada de decisão em crianças e adolescentes com vistas a assegurar o livre desenvolvimento da personalidade; a plenitude da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o objetivo geral desta dissertação é verificar a possibilidade de aplicação de regime jurídico diverso do proposto pelo Código Civil a situações

jurídicas existenciais que envolvem a tomada de decisão em crianças e adolescentes, sobretudo àquelas que envolvem decisão sobre o próprio corpo. Para tanto, há três objetivos específicos, cada qual voltado a um capítulo deste estudo:

1. Apresentar a teoria da capacidade jurídica e os direitos fundamentais da personalidade para compreender a perspectiva de disposição jurídica de direitos fundamentais da personalidade;
2. Investigar a dignidade da pessoa humana como autonomia para verificar a perspectiva da aplicação de teorias que sustentem a autonomia privada da criança e do adolescente em situações jurídicas existenciais;
3. Discutir a capacidade de agir da criança e do adolescente em situações jurídicas existenciais a partir de três casos concretos.

A metodologia, a ser empregada neste trabalho, será teórico-dogmática no sentido de que, a partir de conceitos propostos por diversos doutrinadores, o estudo caminhará para a compreensão do objeto de pesquisa inserido na realidade social.

O referencial teórico voltado para a análise da teoria da capacidade e dos direitos da personalidade tem como fundamento a clássica doutrina de Orlando Gomes e Caio Mário, além das contribuições de Vicente Raó e Pietro Perlingieri. Os direitos fundamentais serão estudados à luz das proposições de Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento.

Sob a perspectiva proposta por Maria Celina Bodin de Moraes, será estudada a dignidade da pessoa humana com a interlocução de uma visão transdisciplinar, a possibilitar a compreensão do desenvolvimento biofisiológico do ser humano na busca de uma efetivação do conceito de dignidade.

Nesta medida, marco teórico substancial desta pesquisa, os ideais sustentados por Rodotà, Beuchamp e Childress permitirão o desenvolvimento de fundamentos para a hipótese de aplicação de regime jurídico diferente do codificado em casos que envolvem a capacidade de agir de crianças e adolescentes em situações jurídicas subjetivas existenciais.

Não se dispensarão estudos em outras áreas do direito como o trabalho de Rose de Melo Vencelau Meireles sobre *Autonomia privada e Dignidade Humana*, na tentativa de verificar a ordem civilística no que tange a autonomia e a patrimonialização do ser humano. As contribuições nos estudos sobre autonomia prosseguem com Letícia de Campos Velho Martel, Ana Carolina Brochado

Teixeira em *Saúde, Corpo e autonomia privada* e Diogo Carvalho Machado sobre *a capacidade de agir da pessoa adolescente*.

A proposta desta dissertação se justifica pelo desenvolvimento de um estudo dentro da linha de pesquisa sobre a *teoria do direito, ética e construção da subjetividade*. Isto será possível através da aproximação entre o direito público e o direito privado, na perspectiva de uma hermenêutica civil constitucional.

Significa, pois, que o paradigma da dualidade entre os direitos com fronteiras bem definidas, foi se esfacelando ao longo do processo histórico da política e da economia mundial. Do liberalismo ao Estado intervencionista e os pós guerras, surgiram novas tecnologias que inseriam o ser humano em um *lócus* que necessitava de proteção cada vez maior contra as atrocidades, realizadas pelo próprio homem, ao seu semelhante durante décadas. Da proteção aos direitos humanos, *prima facie*, elevou o homem a uma categoria de proteção jurídica máxima e sua dignidade foi regulamentada na constituição cidadã de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro voltou seu olhar à pessoa humana e o Código Civil deixou de ser o referencial legislativo para tratar de relações privadas. A unidade do sistema depende de um olhar fundamental sobre a constituição e todas as demais legislações se aplicam, a partir da compatibilização com os princípios fundamentais.

O sistema de cláusulas abertas proposto pelo legislador de 2002 permitiu um escoar de valores constitucionais ao direito privado, de modo a proporcionar uma interpretação conforme a constituição, levando o julgador a fundamentar sua decisão de maneira a sustentar o ônus da argumentação na aplicação da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de uma percepção diferente sobre o ser humano em perspectiva de inserção nos valores sociais, não mais patrimoniais. Disto, resulta perceber o homem em sua singularidade de um lado, e de outro como ser axiológico. Resulta perceber que os valores sociais evoluíram e que a codificação civilista não consegue resolver todos os casos, sobretudo os advindos das inovações tecnológicas, e que, portanto, há um sistema jurídico que permite a interlocução entre as normas de direito privado e os direitos fundamentais constitucionalizados.

A dissertação será dividida em três capítulos com vistas a alcançar os objetivos propostos. No primeiro capítulo, será formulada uma apresentação geral

da teoria da capacidade e da personalidade jurídica. Em seguida, será feita uma abordagem sobre a personalidade jurídica, tendo como ponto de partida a pessoa natural. Ainda, neste capítulo, serão abordados os direitos fundamentais da personalidade e a perspectiva de disposição jurídica de direitos fundamentais da personalidade. Abordar-se-á a teoria da capacidade e a incapacidade jurídica para, por fim, analisar a capacidade de agir em situações jurídicas patrimoniais e existenciais.

No segundo capítulo, será investigada a dignidade da pessoa humana. A construção de um significante que busca revelar o poder do conceito e para isto serão estudados o princípio e a cláusula geral da pessoa humana, a dignidade como autonomia e como heteronomia, bem como a dignidade da pessoa humana na perspectiva da tomada de decisão em crianças e adolescentes. Neste ponto, o conteúdo será visto pela metodologia transdisciplinar de modo a proporcionar a compreensão do desenvolvimento neuropsicológico do ser humano que pode limitar a perspectiva de avanços à teoria codificada na atualidade. Será também analisada a teoria do *menor maduro* bem como as teorias que sustentam o consentimento informado.

Enfim, no terceiro capítulo, realizar-se-á a apreciação de três casos, entre eles, o *leading case* do Reino Unido sobre a tomada de decisão de adolescente quanto ao uso de contraceptivos. O segundo caso a ser estudado é o da menina Hannah Jones, que aos 13 anos de idade, negou-se a dar consentimento para um transplante de coração. Já o terceiro caso refere-se ao transgênero Josie Romero que desde os oito anos de idade, busca, com o aval da família, uma equipe médica que realize a cirurgia de mudança de sexo.

Por todo exposto, a abordagem civil constitucional conduzirá o desenvolvimento deste estudo, possibilitando a interlocução dos ideais liberais dos autores já referenciados. Nesta medida, institutos antigos e patrimonializados serão vistos sob um olhar que busca, na pessoa humana, o fundamento do Estado Democrático de Direito e a ela todo o esforço de interpretação da norma deve se dirigir, não como um meio, mas como um fim em si mesmo.

Personalidade e capacidade Jurídica

Os conceitos de personalidade e capacidade se aproximam, sem, todavia, serem sinônimos. Como valor jurídico que se reconhece nos indivíduos, a personalidade permite a manifestação de um poder jurídico de agir inerente ao conceito de capacidade², de tal sorte que privação total da capacidade implicaria a frustração da personalidade³. Desta proposição, resulta a afirmação de Caio Mário segundo o qual “como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar dos seus direitos”⁴.

Sendo a personalidade um valor, a capacidade emerge como a projeção desse valor que se traduz em um *quantum* de maneira que “pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa”⁵.

Vinculado ao conceito de pessoa, a personalidade é identificada como um valor da pessoa humana essencial à sua dignidade e integridade⁶. Estes conceitos refletem a necessidade humana de convivência social com outras pessoas sem, no entanto, perder a capacidade de decidir autonomamente. Nesta convivência com o outro surgem as situações que possibilitam o livre desenvolvimento da personalidade.

O valor axiológico do *ser humano* permite o reconhecimento de direitos da personalidade, “acompanhados de instrumentos jurídicos (nomeadamente direitos subjetivos), destinados a refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado”⁷.

Com efeito, pode-se afirmar a existência de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pertencente ao rol dos direitos da personalidade, como direito implícito derivado da análise do valor da pessoa

² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar: 2008. P. 208.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 240

⁴ *Ibid*

⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: renovar, 1998. P. 208.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 26.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e “Novos Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. P.115.

humana e que permite toda uma interpretação civil constitucional do artigo 11 do Código Civil⁸. O estudo da Dignidade da Pessoa Humana possibilita que a partir deste ponto, os direitos da personalidade sejam ampliados de maneira a garantir todos os atributos da pessoa humana.

Assim leciona Sarlet que

Para além do já referido reconhecimento de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como para citar outro exemplo vinculado à proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, vale destacar, pela sua atualidade e relevância, o direito (de personalidade) da pessoa à proteção contra eventuais excessos cometidos em sede de manipulações genéticas, inclusive no que diz com a fundamentação de um (novo?) direito à identidade genética da pessoa humana, ainda não contemplado como tal (ao menos não expressa e diretamente) no nosso direito constitucional positivo⁹.

A tutela da Dignidade da Pessoa Humana proposta pela Constituição brasileira colocou a pessoa humana como centro das relações jurídicas, mas de fato a personalidade, por si só, não confere a ela capacidade para atuar nas diversas relações. Neste sentido, a capacidade apresenta-se como projeção da personalidade, esta entendida como valor ético da pessoa¹⁰. A capacidade jurídica atribui uma medida à personalidade diante da observância do comportamento de seu titular.

Como afirmado em momento anterior, todas as pessoas possuem personalidade, mas nem todos possuem capacidade, ou seja, algumas pessoas, especificadas pela lei civil, não possuem poder de ação, implícito no conceito de personalidade, por não terem capacidade de discernimento, ou tê-la significativamente diminuída.

Desta estreita relação entre personalidade e capacidade surgiu a ideia deste capítulo. A compreensão do ser humano, sob a perspectiva jurídica, permitirá a análise de perspectivas diversas sobre a capacidade de agir em crianças e

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e “Novos Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. P.115. P.116.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e “Novos Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. P.116.

¹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: renovar, 1998. P. 208.

adolescentes, sobretudo possibilitará a compreensão desta atuação em situações jurídicas existenciais.

2.1

Personalidade Jurídica

A personalidade jurídica é um atributo indissociável do ser humano e confere a ele aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. Como sujeito de direitos, o ser humano deve respeitar as determinações propostas pelas normas jurídicas como um dever jurídico originário. Neste sentido, a personalidade jurídica é a autorização genérica, conferida pelo direito, para a prática de atos não proibidos¹¹.

Segundo Orlando Gomes, “toda pessoa é dotada de personalidade”¹², mesmo que não tenha capacidade de discernimento ou conhecimento da realidade, ou até mesmo lhe falte reação psíquica; como o doente mental, por exemplo, que é pessoa, e por isso, é dotado de personalidade jurídica¹³. Nesta medida, a personalidade não depende, para sua aquisição de qualquer requisito psíquico¹⁴.

Assim, a ordem jurídica confere personalidade a todas as pessoas e aos entes morais, mas não a concede a outros seres vivos¹⁵. Por esta razão, a denominação *pessoa natural* faz uma referência da pessoa humana como ente jurídico¹⁶.

A personalidade jurídica surge como projeção da pessoa humana e é sinônimo de homem e de sujeito de direito¹⁷. O fundamento desta afirmação encontra previsão na Constituição Cidadã de 1988, ao determinar a Dignidade da

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 157.

¹² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.129.

¹³ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol.1, 26º Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 181.

¹⁴ *Idem*. P.182.

¹⁵ *Idem*. P. 183.

¹⁶ *Idem*. P. 182

¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: renovar, 1998. P. 207. Orlando Gomes propõe que “Sujeito e Direito é a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo direitos.” GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 128.

Pessoa Humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.¹⁸ Caio Mário, adverte que “constituindo o direito por causa do ser humano, centraliza este todos os cuidados do ordenamento jurídico e requer a atenção do pensamento contemporâneo”¹⁹.

Partindo desta premissa, a personalidade pode ser vista sob duas perspectivas: a primeira ligada aos atributos da pessoa humana e a segunda, referente à estrutura. Nesta esteira, o atributo da pessoa humana habilita a pessoa a ser sujeito de direito e se une ao contexto da capacidade jurídica. Já a perspectiva estrutural abre espaço para a inserção da autonomia privada, dos negócios jurídicos existenciais. Neste sentido, expõe Gustavo Tepedino.

a personalidade, a rigor, pode ser considerada sob dois pontos de vista. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. E o ponto de vista estrutural (atinente à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas²⁰.

Portanto, há estreita relação entre a personalidade jurídica e a capacidade civil²¹. Nesta perspectiva, se a personalidade se liga ao ser humano como sujeito de direitos porque a lei atribui a estes a “faculdade ou obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres”²², entre o sujeito e determinado direito há um nexos que os une²³. Este nexos é a titularidade, ou seja, “quem é sujeito de

¹⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm capturado em 12/07/2013 às 23:00. 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: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol.1, 26º Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 183.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: Temas de Direito Civil. 3ª Ed. ver. atual. Rio de Janeiro: renovar: 2004. P. 26-27.

²¹ Francisco Amaral entende que “a personalidade é um valor, que capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um *quantum*. Pode-se ser mais ou menor capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa”. AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: renovar, 1998. P. 208.

²² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.128

²³ *Ibid.*

um determinado direito é seu titular”²⁴. Entretanto, uma pessoa pode ser titular do direito, mas não pode exercê-lo porque lhe falta legitimação, melhor dizendo, falta-lhe capacidade de exercício deste direito. Assim, “diz-se que o sujeito capaz está legitimado a exercer o direito de que é titular quando pode agir *in concreto*”²⁵.

Questões relevantes sobre a criança e o adolescente inserem-se nesta seara. Entre a titularidade e a legitimidade para o exercício de direitos, estes menores, de fato, possuem a primeira, mas não alcançam a segunda até que completem a maior idade. Todavia, o problema da incapacidade pode ser resolvido através dos institutos da representação e da assistência com o auxílio de representantes legais. A ausência de legitimidade decorre, neste caso, por força da norma prevista no Código Civil que presume ausência ou reduzida capacidade de discernimento para realização de negócios jurídicos de natureza patrimonial. Contudo, as crianças e os adolescentes têm personalidade jurídica, embora a capacidade possa ser graduada.

Nesta medida, os civilistas clássicos são unânimes ao proporem que o início da personalidade se dá com o nascimento com vida. Isto porque é o disposto no artigo 2º do Código Civil²⁶. Caio Mário propõe a existência de dois requisitos para o começo da personalidade: o nascimento e a vida²⁷. O primeiro diz respeito à separação dos corpos da mãe e do filho. Já o segundo, relativo à entrada do ar nos pulmões²⁸.

Desta feita, a existência e a duração da personalidade coincidem com a vida humana. A personalidade começa com o nascimento e termina com a morte, natural ou ficta²⁹. Todavia, Orlando Gomes adverte para o fato de que o artigo 2º do Código Civil põe a salvo os direitos do nascituro, desde a concepção³⁰.

²⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.128

²⁵ *Idem*. P.127.

²⁶ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturado em 10/11/2013 às 23:30. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol.1, 26º Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 185.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.128. Este autor entende que “a personalidade é abstrata, a legitimação concreta”. P.129. Tem-se a morte natural quando ocorre a

Disto resulta a conclusão do autor no sentido de que há hipóteses em que a existência e a duração da personalidade não coincidem com a vida humana como é o caso do nascituro, do ausente e da personalidade ficta³¹. Assim, o direito cria ficções às quais atribui personalidade “porque reconhecem nos beneficiados a aptidão para ter direitos”³². Nesta esteira, resguardar os direitos do nascituro desde a concepção significa reconhecer um direito potencial ao ente concebido³³.

Não obstante, Orlando Gomes suscita a necessidade de se analisar a individualização da pessoa quando se aborda a personalidade. Trata-se de “particularidades que, em conjunto, definem a pessoa”³⁴, como o nome, o estado e o domicílio. Assim, resume o autor que “pelo nome, identifica-se a pessoa. Pelo estado, a sua posição na sociedade política, na família, como indivíduo. Pelo domicílio, o lugar de sua atividade social.”³⁵

De fato, estamos diante da perspectiva de alcance de personalidade jurídica a partir do nascimento com vida e sua extinção com a morte de seu titular. Esta aptidão genérica, que circunstancialmente é confundida com a capacidade jurídica de seu titular, gera direitos inerentes à qualidade de ser humano e não depende da capacidade de discernimento da realidade para se concretizar.

Relacionados à personalidade, os direitos da personalidade são marcados como categoria de direitos subjetivos. Neste sentido, Adriano De Cupis os analisa como constitutivos da “*medula da personalidade*”³⁶ e, como tal, mantém relação com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sobretudo a Dignidade da Pessoa Humana, razão pela qual se funde aos direitos fundamentais propostos pela Constituição Cidadã de 1998.

chamada morte encefálica segundo os critérios da medicina. A morte ficta é uma criação do legislador para dar seguimento ao patrimônio de pessoas desaparecidas quando não se pode ter certeza de seu real falecimento. Refere-se ao instituto da ausência e posterior presunção de morte previstos nos arts. 6º a 8º do CC/02.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.* Segundo Orlando Gomes o “termo inicial e final da vida humana sofrem dilação arbitrária para que certos interesses sejam protegidos”. Esta é uma referência a interesses, notoriamente, patrimoniais cuja proteção dada pelo legislador de 2002 diz respeito a direitos sucessórios, em regra.

³³ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol.1, 26º Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 185.

³⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 133

³⁵ *Idem. p. 134.*

³⁶ CUPIS, Adriano De. *Direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961. P. 29

2.2

Direitos fundamentais da personalidade

Através da análise dos direitos fundamentais é possível identificar os direitos da personalidade entre eles. Este estudo é importante ao desenvolvimento deste trabalho uma vez que os direitos da personalidade estão irremediavelmente ligados ao ser humano. Neste sentido, importa, sobretudo, a análise do direito ao próprio corpo, sem embargos ao estudo dos demais direitos, isto porque os direitos subjetivos devem ser analisados sobre a perspectiva de exercício por crianças e adolescentes, bem como sob a ótica da recusa deste exercício pelos mesmos.

Estes direitos fomentadores do livre desenvolvimento da personalidade são garantidores do pleno exercício da dignidade humana em todas as suas faces. Todavia as ressalvas feitas pelo artigo 11 do Código Civil trazem a tona o debate sobre a possibilidade de disposição destes direitos, sobretudo porque devem ser entendidos como categoria de direitos fundamentais.

Assim, esculpidos no rol dos direitos fundamentais, os direitos da personalidade referem-se à pessoa e com ela se confundem. São direitos cuja origem trilhou caminhos distintos ao longo da história do direito, mas convergiram a um único valor: a pessoa humana.

De acordo com Anderson Schreiber, ao longo dos últimos séculos os direitos da personalidade foram tratados sob diferentes enfoques e receberam distintas denominações ocorrendo a mudança na nomenclatura de acordo “com os atributos da personalidade merecedores de proteção jurídica”³⁷.

a assembléia Constituinte Francesa, por exemplo, referiu-se, em sua célebre declaração de 1789, aos *Direitos do Homem e do Cidadão*. Já a Declaração das Nações Unidas de 1948, emprega a expressão *Direitos Humanos*. A Constituição Brasileira de 1988 dedica-se, em seu título II, aos *Direitos e Garantias*

³⁷ *Ibid.* Segundo Schreiber, “*Direitos humanos é mais utilizada no plano internacional [...]. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. É por isto mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do Direito Público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional*”. P.13.

Fundamentais. O Código Civil reserva um capítulo aos *Direitos da Personalidade*³⁸.

Conceitualmente, os direitos da personalidade “são aqueles para cujo exercício é suficiente a titularidade da personalidade, entendida em seu sentido de aptidão para ter direitos e obrigações”.³⁹ Todavia, a personalidade, em si mesma, não é um direito nem mesmo objeto de qualquer relação. Os direitos recaem em manifestações especiais de sua projeção⁴⁰. Neste sentido, a tutela jurídica de proteção da personalidade humana recai sobre atributos que proporcionam o desenvolvimento da mesma e, por isto, são necessários à incolumidade psicofísica do homem.

Segundo Francisco Amaral, os direitos da personalidade são “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa humana, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.⁴¹ Adriano De Cupis aponta para o caráter proeminente destes direitos em relação a outros direitos subjetivos, em razão do seu objeto⁴².

O objeto dos direitos da personalidade tem duplo caráter de maneira que se liga tão estreitamente à pessoa a ponto de com ela se confundir; além de identificar-se com valores maiores que demandam proteção jurídica⁴³. Assim, “o objeto dos direitos da personalidade não é, pois, exterior ao sujeito, ao contrário dos outros bens que são possíveis objetos do direito”. São bens que satisfazem as necessidades de ordem física ou moral do ser humano e por isso se inserem entre aqueles direitos não patrimoniais⁴⁴.

Por esta razão Pietro Perlingieri afirma “uma natureza necessariamente aberta da normativa”⁴⁵ dos direitos da personalidade. Esta natureza é da máxima importância “para constatar que a pessoa não se realiza através de único esquema

³⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 13

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 196

⁴⁰ *Ibid*

⁴¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: renovar, 1998. P. 207. P. 237. Direitos subjetivos são aqueles que conferem à pessoa a faculdade de agir segundo o que a norma dispõe. Se realiza na pessoa do seu titular. (RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. P. 527)

⁴² CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes editora, 1961. P. 22

⁴³ *Ibid*.

⁴⁴ *Idem*. 28/29

⁴⁵ PRELINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil. Introdução ao direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 154.

de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes”⁴⁶. Além de aberta, os direitos da personalidade têm natureza constitucional⁴⁷. Isto porque dizem respeito aos “princípios constitucionais que regem a matéria e estão na constituição, além da natureza civil, penal e administrativa à medida que integram legislação ordinária”⁴⁸.

Para este autor, o marco fundamental dos direitos da personalidade está na proposição da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88). Neste sentido, Pietro perlingieri propõe que

O respeito à pessoa humana é o marco jurídico básico, o suporte inicial que justifica a existência e admite a especificação dos demais direitos, garantida a igualdade de todos perante a lei (igualdade formal) e a igualdade de oportunidades no campo econômico social (igualdade material)⁴⁹.

Brunelo Stacioli afirma que “os direitos da personalidade são espécie, cujo gênero são os direitos fundamentais”⁵⁰. Este autor admite os esforços de alguns doutrinadores em diferenciar estes direitos, todavia, os mesmos não negam “certa superposição entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais”⁵¹.

Stancioli define critérios que seriam diferenciadores dos direitos fundamentais e direitos da personalidade. O primeiro deles, visto como critério formal, diz respeito a seara legislativa que envolve estes direitos de maneira a ter direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira nos artigos 5º a 17. De outra sorte, os direitos da personalidade encontrariam posituação nos artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro⁵².

⁴⁶ PRELINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P.136

⁴⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: renovar, 1998. P. 245.

⁴⁸ *Ibid*

⁴⁹ PRELINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P, 154.

⁵⁰ STANCIOLI, Brunelo. *Renúncia aos Direitos da Personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais. U.F.M.G – Biblioteca Universitária, 2007. P. 5

⁵¹ *Idem*. p. 6

⁵² *Idem*. p.7

O critério, no entanto, parece falho, visto que se podem encontrar direitos fundamentais em outros dispositivos legais, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/1990). Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que há um catálogo aberto de direitos fundamentais, implícitos ou positivados na Constituição, isto porque “o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos”⁵³, embora não seja este o único critério.

O segundo critério apontado por Stanciolli seria o da pertinência da norma, colocando que “os direitos fundamentais seriam comandos para o legislador, ao passo que os direitos da personalidade seriam comandos para o particular”⁵⁴. Fazendo menção à distinção paradigmática entre os direitos público e privado, os direitos fundamentais seriam aplicáveis à seara do direito público enquanto os direitos da personalidade estariam no campo do direito privado⁵⁵. Inaceitável o argumento aos que compreendem a metodologia civil constitucional⁵⁶. A regra de hermenêutica considerada sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana, entrecruza os dois direitos de maneira a consolidar a proteção sobre a pessoa humana. Entender de outra maneira seria cair no lapso de aceitar que não haveria a proteção aos direitos fundamentais nas relações privadas ou que os direitos da personalidade não encontrariam guarida quando diante de relação de direito público.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes propõe que

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público X direito privado.

[...]

Há de ser abandonada, consequentemente, a separação do direito em público e privado nos termos em que era posta pela doutrina tradicional⁵⁷.

⁵³STANCIOLI, Brunelo. *Renúncia aos Direitos da Personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais. U.F.M.G – Biblioteca Universitária, 2007. P. 122.

⁵⁴ *Idem*. P. 5

⁵⁵ *Idem*. p. 8-17.

⁵⁶MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Prefácio. “Tal metodologia, como muitos sabem, implica reconhecer que a Constituição ocupou o lugar do Código Civil na centralidade do Direito Privado, como o fez com todos os demais ramos do direito”.

⁵⁷ *Idem*. P. 9

No mesmo rumo conclui Stacioli, ainda sobre o segundo critério

Não há, portanto, que se falar que direitos fundamentais, aplicados à esfera privada, mitigam ou elidem a autonomia da vontade e o livre desenvolvimento da personalidade. Muito pelo contrário, os direitos fundamentais são exatamente garantias à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade. Já a autonomia privada é constitutiva da autonomia pública. Essa, por sua vez, é a própria condição da legitimidade da normatização e do caráter cogente de direitos fundamentais. Autonomias pública e privada são co-originárias⁵⁸.

Desta maneira, na propositura constitucional, os direitos da personalidade encontram-se entre o rol dos direitos fundamentais. Todavia, não se pode afirmar que todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais⁵⁹. Esta assertiva decorre do fato de que o rol dos direitos fundamentais assegura proteção a outros direitos de natureza patrimonial e coletivo que não podem ser considerados atributos essenciais a condição humana⁶⁰.

Postulados no Código Civil de 2002, nos artigos 11 a 21, os direitos da personalidade garantem proteção relativa à pessoa humana no que tange ao direito à integridade física, aí entendido o direito à vida e ao próprio corpo; e o direito à integridade moral, entendido como direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome, o direito moral do autor⁶¹.

Sem embargos a outras proteções, o avanço da tecnologia biomédica trouxe particular sentido e importância à proteção dada ao direito à integridade física como direito da personalidade. A abordagem bioética remonta a temáticas ainda obscuras no direito brasileiro como aborto, eutanásia, mudança de sexo.

A norma proposta no artigo 13 da lei civil brasileira ateve-se à proibição da disposição do próprio corpo quando importar em diminuição permanente da integridade ou violar os bons costumes. Todavia, resguardou o legislador a possibilidade de que a disposição ocorra nos casos de exigência médica, ou a contrário senso, quando não resultarem em diminuição permanente da integridade física ou respeitarem aos bons costumes. Para Anderson Schreiber, uma

⁵⁸ STANCIOLI, Brunelo. *Renúncia aos Direitos da Personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais. U.F.M.G – Biblioteca Universitária, 2007. P. 16.

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 14
Nota de rodapé número 29.

⁶⁰ *Ibid.* Entenda-se direitos patrimoniais pelos exemplos da herança e da propriedade e os direitos coletivos pelo direito de greve, de criar associações.

⁶¹ Nota classificatória segundo Orlando Gomes. *Op.Cit.*

interpretação literal do dispositivo é temerosa e “tem feito estrada no que diz respeito ao tratamento jurídico reservado às chamadas partes destacadas do corpo humano, como fios de cabelo, saliva, sêmen”⁶².

Caio Mário explica que o direito ao próprio corpo configura-se na possibilidade de disposição de suas partes para finalidades científicas ou humanitárias, seja em vida ou após a morte⁶³. A proibição surge, portanto, se ultrapassar os limites da vida e da integridade⁶⁴.

Segundo Francisco Amaral “o direito subjetivo que tem a vida humana como bem jurídico pressupõe três titulares do dever jurídico de respeitá-lo: a) o próprio indivíduo; b) as demais pessoas; e c) o Estado”⁶⁵. Assim, ao próprio indivíduo o comando da norma veda o auto-extermínio e protege a legítima defesa sendo esta entendida como “reação à agressão atual, injusta e inevitável não excedendo o necessário à defesa”.⁶⁶ Para as demais pessoas, o comando normativo impõe o dever de cuidado e observância ao dever jurídico originário no sentido de não auxiliar ou ser agente ativo nos atos lesivos à integridade do outro, de sorte a observar comandos legais como “não matará” (artigo 121 do Código Penal), a vedação do auxílio ao suicídio (artigo 122 do Código Penal), a extirpação de parte do corpo alheio, mesmo quando solicitado, sem indicação médica⁶⁷. Por fim o Estado, “que tem o dever negativo de respeitar a vida das pessoas (CF, art. 5º), e o dever, positivo, de proteger-lhes a vida, com a utilização de todos os meios jurídicos necessários, assim como o dever de punir os autores de quaisquer atentados contra a vida humana, função típica do direito penal”⁶⁸.

⁶² SCHEREIBER, Anderson. *Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002*. In Diálogos sobre o Direito Civil. Gustavo Tepedino organizador. vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 240.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 212.

⁶⁴ *Ibid*

⁶⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: renovar, 1998. P. 249.

⁶⁶ *Ibid*

⁶⁷ Trata-se de casos como os dos Wannebes, explico: pessoas que aparentemente saudáveis optam pela decapitação de membros do corpo, como pernas e braços e solicitam auxílio médico para tanto. Quando não agem assim, praticam a mutilação e não aceitam as tentativas de reimplantação do membro pelos médicos. Sugere-se a leitura do livro *Dilemas*, de Maria Celina Bodin de Moraes E Carlos Nelson Konder. Publicado pela editora Renovar.

⁶⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: renovar, 1998. P. 250.

O parágrafo único do artigo 13, proposto pelo Código Civil, permite a disposição de partes do corpo para fins de transplante, conforme lei especial⁶⁹ (Lei 9434/1997 com as sucessivas alterações). Já o artigo 14 do mesmo *Codex* introduz a possibilidade de disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Este ato se faz lícito quando realizado com objetivos altruísticos ou científicos e desde que sejam gratuitos⁷⁰. O parágrafo único deste artigo autoriza que a disposição possa ser revogada livremente a qualquer tempo⁷¹.

Sobre estes artigos, Caio Mário propõe que é possível a transfusão de sangue, sujeitando o doador a critérios médicos para a pertinência da doação. O autor enfatiza que não se pode, contudo, instituir a venda de sangue⁷². Na perspectiva de terceiro, ainda se faz debate atual a possibilidade do donatário se recusar a receber a transfusão sanguínea por convicções religiosas, sem que se possa dizer com certeza que no Brasil há um direcionamento majoritário.

Para Caio Mário, partes do corpo separadas que se regeneram podem ser objeto de cessão onerosa, como os cabelos. Fato é que a questão sobre as partes separadas do corpo humano permanece como alvo de debates no sentido de haver aqueles que defendem que, uma vez separados do corpo humano, se tornariam *res*, coisa, inserida no direito de propriedade⁷³ e outros que defendem que as partículas do corpo humano carregam íntima relação com a pessoa podendo trazer em conteúdo o código genético da pessoa⁷⁴. Válido e necessário é o pensar sobre os diversos aspectos que compõem os direitos da personalidade de sorte a possibilitar a solução dos casos em concreto acompanhando a evolução dos valores sociais inerentes aos titulares destes direitos⁷⁵.

⁶⁹ CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturada em 10/06/2013 às 22:30.

⁷⁰ *Ibid*

⁷¹ *Ibid*

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 212.

⁷³ Afirmções de Francisco Amaral. *Op. Cit.* P. 251

⁷⁴ SCHEREIBER, Anderson. *Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002*. In Diálogos sobre o Direito Civil. Gustavo Tepedino organizador. vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 240

⁷⁵ Neste diapasão estão as disposições do próprio corpo *post mortem* perpetuam os direitos da personalidade, muito embora esta chegue seu fim com a morte. Todavia, o cadáver permanece parte do ordenamento jurídico cuja natureza é a de *coisa extra commercium*⁷⁵. Neste sentido, após a morte não se pode dizer que há uma pessoa, mas um cadáver que preserva “resíduos da pessoa viva”⁷⁵. Atribuir valor ao comercial ao cadáver atentaria contra dignidade humana, neste caso, vista como uma direção, um fim, a ser dado aos “resquícios de vida humana”. CUPIS, Adriano de.

De outro lado, está à vedação a imposição de tratamento médico ou cirúrgico que traga risco de vida, foi previsto no artigo 15 do Código Civil. Insere-se aí o direito de recusa a tratamento médico. Neste sentido, há uma série de resoluções do Conselho Federal de Medicina que tentam regulamentar, de maneira mais clara, a atuação do médico, sobrepondo o valor vida aos demais direitos fundamentais e no caso de o paciente não poder se determinar para consentir o tratamento médico, seus representantes legais e/ou familiares devem ser consultados.

Sobre o assunto Caio Mário esclarece que

O art.22 do Código de Ética Médica de 2010 (resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1931, de 17 de setembro de 2009) dispõe que é vedado ao médico “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. É, contudo, relativo o conceito de risco de morte, o que pode levar a que se desrespeite a vontade do paciente. Inversamente, ainda que o médico entenda inócuo o tratamento, é de acatar a vontade do paciente. No caso de não ter o doente condições de deliberar validamente, transfere-se para seus familiares o poder de decisão “⁷⁶”.

Vistos os direitos da personalidade pertinentes à integridade física, atenta-se aos direitos relativos à integridade moral. Lydia Nunes entende que o “direito à integridade moral tutela a paz, o resguardo, a tranqüilidade da esfera íntima da vida, e, ainda, a honra, a imagem, o nome”⁷⁷.

O direito ao nome foi tipificado no artigo 16 do Código Civil e compreende o direito ao prenome e ao sobrenome. Segundo Pietro Perlingieri “o chamado direito ao nome é da pessoa vista como sujeito; o chamado direito ao sobrenome é do indivíduo como componente do grupo familiar”⁷⁸. Assim,

Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes editora, 1961. P. 98

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 215.

⁷⁷ NUNES, Lydia Neves bastos Telles. *A pessoa natural e a relativização dos direitos da personalidade*. In: *O direito e o Futuro da Pessoa. Estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo*. Rubens Beçak e Ignácio Maria Poveda Velasco. São Paulo:: Editora Atlas, 2001. P. 60.

⁷⁸ PRELINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil. Introdução ao direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Ronovar, 2002. P. 180

segundo este autor, este é um direito que não pode ser individual, mas coletivo, porque “relacionado e fundado em um determinado *status familiae*”⁷⁹.

Neste sentido, o direito ao nome é o direito de ser reconhecido por uma denominação própria que identifica e singulariza a pessoa em uma sociedade⁸⁰. São direitos absolutos e oponíveis *erga omnes* de maneira a permitir as devidas ações contra aqueles que a eles causarem danos. Assim, impõe a lei o dever genérico de respeitar o nome (prenome e sobrenome) de todas as pessoas⁸¹. A regulamentação específica sobre este direito foi prevista na Lei de Registros Públicos, lei 6.015/1973, nos artigos 54 a 63.

Nesta medida, a proteção ao nome confunde-se com a da imagem do seu titular, “já que quem diz o nome de alguém invoca necessariamente a imagem associada à pessoa, existente ou por existir”⁸². Desta assertiva decorrem outras proteções à personalidade como o direito à imagem e ao bom uso do nome por terceiros.

Assim, uma vez garantido o direito ao nome, o artigo 17 da Lei Civil traz uma proteção contra a má utilização do nome por terceiros em “publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”⁸³. Assim, responsabilizam-se terceiros pelos atos de injúria, calúnia e difamação realizados oralmente, ou divulgados por rádio e televisão⁸⁴.

Para usar o nome alheio, do artigo 18 do Código Civil brasileiro, é necessária autorização e, sobre o assunto, Caio Mário esclarece que

A divulgação de escritos e a transmissão da palavra são modos de expressão da personalidade e se acham compreendidos na proteção desta. O indivíduo é senhor das criações de seu espírito, e tem o direito de reprimir a divulgação, a não ser quando autorizada. Na referência aos escritos envolve a proteção de direitos autorais (Lei nº 9.610/1998), que com as outras manifestações da criatividade (arte, escultura, composição musical, etc.) merecem igual tratamento, e neste sentido é de se entender o artigo 20 do *Código Civil*, que engloba o respeito pela produção intelectual e a proteção à imagem.

⁷⁹ *Ibid*

⁸⁰ *Ibid*

⁸¹ *Ibid*

⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 203.

⁸³ CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturada em 10/06/2013 às 22:30.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 216.

Neste ínterim, oportuna é a análise da proteção assegurada pela lei civil à imagem. O artigo 20 do Código Civil brasileiro protege a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, a não ser que sejam autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública⁸⁵. Neste ponto, os autores civilistas dividem a imagem em duas perspectivas: a imagem retrato e a imagem atributo. Pela primeira, Maria Celina Bodin de Moraes entende que é o aspecto fisionômico da pessoa⁸⁶ ao passo que a segunda seria “o conjunto de características decorrente do comportamento do indivíduo, de modo a compor sua representação no meio social”⁸⁷.

Nada obstante, Maria Celina Bodin de Moraes ressalta a dificuldade em se garantir a proteção à imagem em tempos de expansão das tecnologias de informação. Uma imagem divulgada pode correr o mundo em apenas um minuto e a rapidez deste processamento dificulta as medidas jurídicas de emergência, como as liminares para suspensão da divulgação. Um claro exemplo é caso Daniella Cicareli X Youtube.

A modelo Daniella Cicarelli, em viagem de férias a Espanha, com seu então namorado Tato Malzoni foram flagrados por paparazi em momentos de intimidade. O flagra foi documentado em um vídeo que, sem demora, foi anexado na página do Youtube. A ação inibitória proposta pela modelo visou impedir a exibição do filme. A tutela antecipada foi indeferida e o co-autor, então namorado da modelo, interpôs agravo de instrumento solicitando o bloqueio do acesso ao site. Filtros de acesso ao vídeo foram colocados pela parte ré que esclareceu ao juízo que o bloqueio ao site todo causaria transtorno a internautas que não estivessem dispostos a ver aquele vídeo, além de imensuráveis prejuízos aos réus. Os co-réus cumpriram a ordem judicial contida no agravo, mas apresentaram contestação apresentando basicamente as mesmas explicações: o local não assegurava privacidade ao casal, visto que era uma praia pública e que como

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 216.

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de Direito Civil - Constitucional. Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela d pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 167

⁸⁷ *Ibid*

peças públicas ao exporem sua intimidade correram o risco de serem flagrados por qualquer cidadão. Por fim, o tribunal não entendeu haver violação do direito de imagem e reconheceu a ineficácia das medidas aplicadas tendo em vista a extraordinária multiplicação dos vídeos através de emails, celulares, e outras páginas da internet⁸⁸.

Diante do exposto, a proteção ao direito de imagem com a evolução tecnológica, permanece em construção. Para Maria Celina Bodin de Moraes a imagem atributo só seria lesionada quando veiculada de maneira a deformar, deturpar a identidade que o sujeito construiu socialmente⁸⁹.

Em continuidade, o artigo 21 do Código Civil trouxe proteção à privacidade como um direito da personalidade. O espectro que alcança este direito é ampliado pelas suas inúmeras facetas. Tem-se então protegido o direito ao recato, à intimidade, resguardados, também, no art. 5º, inciso X da Constituição Brasileira⁹⁰. O caráter dúbio deste direito foi narrado por Cáo Mário na máxima “cada um tem o poder, assegurado constitucionalmente, de conviver com quem queira, como o de recusar qualquer aproximação”⁹¹.

As características dos direitos da personalidade foram positivadas no artigo 11 do Código Civil de maneira a firmá-los como absolutos e oponíveis *erga omnes*. Isto porque podem ser objeto de ações para defesa do seu titular contra terceiros ofensores⁹². Todavia não são ilimitados, uma vez que cedem lugar ao interesse coletivo⁹³. Estes direitos são ainda vitalícios, ou seja, extinguem-se diante da morte de seu titular. Além disto, são imprescritíveis visto que a pessoa que se sentir lesada pode demandar o ofensor a qualquer tempo. São também indisponíveis, ou seja, não podem ser alienados ou cedidos a terceiros. Tem-se ainda sua irrenunciabilidade, impenhorabilidade e intransmissibilidade⁹⁴.

⁸⁸ O Inteiro teor da decisão Poe ser encontrado em <http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2011/09/08/sentenca-do-caso-cicarelli/>

⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de Direito Civil - Constitucional. Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela d pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 167

⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 218.

⁹¹ *Idem*. P.2019

⁹² Ações indenizatórias.

⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 197.

⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 197/198.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, há de se fazer uma breve crítica a estes caracteres dos direitos da personalidade já que o final do artigo 11 impõe que estes direitos não podem sofrer limitação voluntária⁹⁵ cerceando, assim, a vontade individual, na contramão do que propõe a proteção fundamental à dignidade da pessoa humana⁹⁶.

Com efeito, pode-se encontrar os postulados dos direitos da personalidade entre o rol dos direitos fundamentais previstos na carta constitucional de 1988. Na esteira do que propõe o artigo 11 do Código Civil, analisar-se-ão os direitos da personalidade sob a perspectiva da disposição destes direitos em situações jurídicas existenciais.

Rose de Melo Vencelau entende que a análise do art.11 do Código Civil não se restringe aos direitos da personalidade, mas caminha de encontro à situações jurídicas existenciais uma vez que fazem referências às situações pessoais em geral⁹⁷. Neste sentido, para Letícia de Campos Velho Martel o legislador cometeu um engano ao propor limitações aos direitos da personalidade por envolver uma gama de situações jurídicas subjetivas não tipificadas, lembrando que rol dos direitos da personalidade não é taxativo, mas apenas exemplificativo⁹⁸.

Deste modo, a proposição limitativa não possibilita o livre desenvolvimento da personalidade uma vez que a liberdade e o poder de disposição integram o conteúdo das situações jurídicas existenciais e neles se configuram o perfil dinâmico⁹⁹.

Para Letícia Martel, a proibição de limitação voluntária prevista no art.11 do Código Civil esvaziou o art.5º, II da Constituição Federal ao inverter a

⁹⁵CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturada em 10/06/2013 às 22:30.

⁹⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. In: *20 anos da Constituição cidadã de 1988. Efetivação ou impasse institucional*. José Ribas Vieira, organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 371. Mais adiante abordaremos esta cláusula geral.

⁹⁷MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 151.

⁹⁸MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P. 394/395. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5. A proposição da autora trás a afirmação de que “no conceito encampam-se os mais diversos direitos, como os direitos ao próprio corpo, os sexuais e reprodutivos, ao nome, a honra e a imagem, de e a privacidade, diversos direitos de liberdade, como a de expressão, de consciência e de crença”. P.395.

⁹⁹MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 153.

normativa, de maneira que o sujeito fica impedido do exercício de situações que envolvem uma alternativa de ação¹⁰⁰. Assim, explica a autora

Ao fazer isso, o legislador civilista esvaziou o conteúdo do artigo 5o, II, da CF/88 quanto a diversos direitos da personalidade e, por conseguinte, de vários enunciados normativos constitucionais que declaram direitos fundamentais.

Por isso, poder-se-ia aventar, com propriedade, que a parte final do art.11 situa o interprete diante de um caso de afronta ao conteúdo essencial de enunciados de direitos fundamentais em sua face objetiva¹⁰¹.

Rose de Melo Vencelau entende que a limitação proposta pela legislação Civil se justifica para situações jurídicas patrimoniais e, mas não às situações existenciais considerando simplórias as atribuições do art.11¹⁰².

Nada obstante, o enunciado nº 4º da I Jornada de Direito Civil recomendou que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”¹⁰³. E mais adiante o enunciado nº 139 da II Jornada de Direito Civil trouxe nova recomendação no sentido de que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa fé objetiva e aos bons costumes”¹⁰⁴.

O enunciado nº 4 afastou a determinação do art. 11 do Código Civil criando outros limites ao exercício de direitos da personalidade ao passo que o

¹⁰⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P. 394/395. Rose de Melo Vencelau trata essa alternativa de ação como posições jurídicas das quais emergem uma tutela positiva uma vez que se relacionam ao ser. Por outro lado a tutela negativa é uma referência a satisfação de um comportamento negativo contra todos (*erga omnes*). Op.Cit. P. 155.

¹⁰¹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P. 395.

¹⁰² MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 157. Nas palavras da autora “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 terrenos exclusivamente patrimonialistas é incompatível com a centralidade que a pessoa humana ocupa no ordenamento jurídico brasileiro”.

¹⁰³ I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciado nº 4. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pd> capturado em 20/12/2013 às 19:00

¹⁰⁴ III JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciado nº 139. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pd> capturado em 20/12/2013 às 19:00

enunciado nº 139 alargou os limites previstos pelo legislador civilista, sem, no entanto poder-se afirmar que são adequados às situações jurídicas existenciais¹⁰⁵.

Assim os direitos da personalidade garantem a expressão da personalidade jurídica na amplitude do que é o ser humano e colocam em voga a sua dignidade. Neste sentido, interpretar o art.11 do Código Civil significa colocar o ser humano em categoria de destaque, a considerar antes das questões patrimoniais, o ser humano por traz deste patrimônio. Significa considerar a razoabilidade e a proporcionalidade da disposição de posições jurídicas existenciais que se quer fazer, de maneira a assegurar que não haja violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3

Capacidade jurídica e a teoria das incapacidades

Como atributo da personalidade, a capacidade relaciona-se ao ser humano e o insere no mundo jurídico com aptidão para praticar atos produzindo efeitos jurídicos. Nesta medida, a que “a capacidade confere à pessoa a mais plena desenvoltura para dirigir seus interesses”¹⁰⁶.

Assim, todo ser humano possui personalidade jurídica, que se inicia com o nascimento com vida. Aliada a esta ideia, “a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente ou por intermédio (pela representação), ou com a assistência de outrem”¹⁰⁷.

É possível, então, afirmar que “a personalidade tem sua medida na capacidade”¹⁰⁸. Sendo assim, o termo capacidade pode ser empregado em dois sentidos: a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou de exercício¹⁰⁹. A primeira a titularidade de direitos e deveres¹¹⁰. Já a segunda é

¹⁰⁵ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 186. Nota 365.

¹⁰⁶ COLEHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 173.

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 223.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 147.

¹⁰⁹ *Idem*. P. 149.

¹¹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar: 2008. P. 208.

entendida como “aptidão para exercer direitos”¹¹¹. Neste sentido, a capacidade de fato “é variável, nem todos a tem”¹¹². Disto se compreende a possibilidade de restrição da capacidade, ou melhor, de uma gradação legal imposta à capacidade, tratada nos artigos 3º e 4º do Código Civil, na teoria das incapacidades.

A propósito da distinção entre os sentidos dados à capacidade, Caio Mário propõe que “a capacidade de direito corresponde à capacidade de gozo e a capacidade de fato pressupõe a capacidade de exercício. Podemos dar a primeira uma designação mais precisa, dizendo-a capacidade de aquisição, e à segunda, capacidade de ação”¹¹³.

Desta feita, a pessoa capaz é autorizada pela legislação civil a praticar negócios jurídicos pessoalmente porque “se considera dotada de condições psico-físicas suficientes à compreensão das conseqüências dos seus atos. Considera a lei, por isso, que a pessoa natural capaz sabe sopesar convenientemente seus interesses e, em função disso, nortear suas decisões”¹¹⁴.

Assim, capacidade é a regra. Excepcionalmente, a lei determina os casos em que uma pessoa pode ser considerada incapaz e a gradação desta incapacidade. A lei civil protege os incapazes por diversas razões, como a idade e o discernimento em relação às conseqüências do ato. Todavia, a incapacidade não pode ser considerada uma restrição à personalidade¹¹⁵. Disto resulta o fato de que “o incapaz continua genericamente autorizado a praticar os atos e negócios jurídicos para os quais não esteja expressamente proibido”¹¹⁶, de sorte que ter ou não capacidade jurídica relaciona-se à possibilidade de realização de negócios jurídicos sem mediação ou com mediação de outra pessoa¹¹⁷.

De acordo com Orlando Gomes “a incapacidade não tem a mesma extensão. Ora se impõe à pessoa em relação a todos os direitos civis, ora a alguns

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: renovar, 1998. P. 216.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 223.

¹¹⁴ COLEHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 173.

¹¹⁵ COLEHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 175

¹¹⁶ *Ibid*

¹¹⁷ *Ibid*

ou ao modo de exercê-los. Divide-se, conseqüentemente, em *incapacidade absoluta e incapacidade relativa*”¹¹⁸.

Neste diapasão, a capacidade de fato ou de exercício nem sempre coincide com a capacidade de gozo ou de direito, isto porque “algumas pessoas, sem perder os atributos da personalidade, não tem a capacidade de exercício pessoal e direto dos direitos civis”¹¹⁹. Estes últimos são considerados incapazes.

A lei protege os incapazes porque portadores de uma deficiência juridicamente apreciável¹²⁰. A classificação das incapacidades resulta, pois, da gradação da deficiência. Quanto mais profunda e grave for, maior é a proteção da norma. Neste sentido há uma gradação da extensão da incapacidade¹²¹, considerando algumas pessoas inaptas para a vida civil, levando em consideração a profundidade da redução do discernimento e, para outros, considera a possibilidade de realização de certos atos na vida civil¹²². Assim explica Orlando Gomes que

Atendendo a extensão da incapacidade, gradua a forma da proteção, que para os primeiros assume o aspecto de representação, de vez que são completamente impedidos de agir juridicamente, e para os segundos a modalidade de assistência, já que têm o poder de atuar na vida civil, porém sob condição de serem autorizados.

Aos primeiros chama de absolutamente incapazes e aos segundos relativamente incapazes¹²³.

A lei civil considera absolutamente incapaz de exercer os atos da vida civil as pessoas elencadas no artigo 3º, ou seja, “os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”¹²⁴. Os atos praticados por estas pessoas são considerados nulos, de acordo com o artigo 166, I do Código Civil¹²⁵.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 153.

¹¹⁹ *Idem*. P. 228.

¹²⁰ *Idem*. P. 230.

¹²¹ *Ibid*

¹²² *Ibid*

¹²³ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.2031..

¹²⁴ CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturada em 10/06/2013 às 22:30.

¹²⁵ *Ibid*. Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz

A proteção aos relativamente incapazes foi prevista no artigo 4º do mesmo *Codex* impossibilitando sua atuação em determinados atos ou na maneira de exercê-los. São assim considerados os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos¹²⁶. Os atos praticados por estas pessoas necessitam ser assistidos por outra pessoa e são anuláveis, quando não a contém¹²⁷.

Seguindo nesta linha, tem-se por absolutamente incapazes os menores de 16 anos, o que se fundamenta na ideia de haver um “incompleto desenvolvimento das faculdades intelectual, a facilidade de se deixar influenciar, a falta de autodeterminação e auto-orientação, impõe ao menor a completa abolição da capacidade de ação”¹²⁸. O legislador parece ter se valido de informações trazidas pela ciência e da observação dos casos mais comuns para determinar a idade a qual se quis proteger¹²⁹.

Quanto ao enfermo e ao deficiente mental, Fábio Ulhoa entende que este último conceito é abrangente e pode envolver muitas espécies de doenças mentais¹³⁰. Quando incapacidade de discernimento é muito profunda e torna necessário que a pessoa seja cuidada por outros, não há dúvidas de que aí há uma incapacidade absoluta, urgindo a tutela legislativa para resguardar seus interesses, nomeando-se assim um representante para suprir-lhe a vontade.

Enquanto a deficiência mental tem caráter definitivo, a enfermidade mental tende a uma certa transitoriedade. Todavia, a transitoriedade ou não, de fato, não influencia nos efeitos da norma, de maneira que se houver profunda diminuição na capacidade de discernimento da pessoa, aí estará a possibilidade de interdição e seus atos carecerão de representação. Todavia, os negócios jurídicos

¹²⁶ CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturada em 10/06/2013 às 22:30.

¹²⁷ CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturada em 10/06/2013 às 22:30. Previsão expressa no artigo 171 do Código Civil brasileiro. Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 232.

¹²⁹ *Idem*. P.232.

¹³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 187.

celebrados antes da interdição devem ser verificados e serão válidos quando se reverterem em favor o incapaz¹³¹.

Neste sentido, a vontade livre e sem vícios constitui requisito para a celebração de negócios jurídicos e uma vez que, por alguma circunstância, a pessoa não possa expressá-la, a lei a insere no rol dos absolutamente incapazes, instituindo alguém que possa falar em seu nome através da representação¹³².

Com rol dos relativamente incapazes, a lei permitiu que as pessoas ali elencadas tivessem restrições a alguns atos jurídicos ou à maneira de exercê-los, mantendo, todavia, a possibilidade de realizar outros atos, não proibidos por lei.

Fábio Ulhoa considera o menor púbere, com idade entre 16 e 18 anos, como relativamente incapaz¹³³. De acordo com este autor, sua vontade tem certa relevância uma vez que as funções de maturação físico-psíquica já evoluíram¹³⁴. Considerada a relativa perspectiva de manifestação consciente da vontade e discernimento destes menores, para validar os atos praticados por estes, o legislador instituiu a assistência como procedimento legal de suprimento da vontade.

Surpreende, todavia, quando o legislador civilista autoriza que os menores com idade entre 16 e 18 anos, realizem certos negócios jurídicos independentemente de assistência, como o caso do testamento. Pela natureza personalíssima do ato testamentário, o artigo 1860 do Código Civil preconiza que os relativamente incapazes o façam sem assistência¹³⁵.

Ainda no rol dos relativamente incapazes estão os ébrios eventuais. Com efeito, a embriaguês eventual e o vício em tóxicos colocam a pessoa no lugar da incerteza jurídica sem que se possa determinar o conceito exato de habitualidade.

¹³¹ *Idem*. P.191.

¹³² Aplica-se o dispositivo legal mesmo quando o impedimento é transitório como nos casos de coma, por exemplo.

¹³³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 180.

¹³⁴ *Ibid*

¹³⁵ CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturada em 10/06/2013 às 22:30. Previsão expressa no artigo 171 do Código Civil brasileiro. Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

O Código Civil criou assim, zonas de exceção à capacidade de agir dos menores no que diz respeito à questões patrimoniais. Não apenas a emissão do testamento foi autorizada, como também o contrato de mandato pode ser assinado pelo menor e só será anulado pelo mesmo conforme determinação do art.105 do CC, para defesa de seu patrimônio contra abusos de outrem.

O que importa ao direito é a diminuição na capacidade de discernimento em razão do uso constante de substâncias tóxicas¹³⁶.

A norma civilista protege ainda os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. De acordo com Caio Mário, estas pessoas foram consideradas incapazes pelo legislador civilista por um critério de exclusão porque não se encaixam na determinação de *diminuição profunda do discernimento*¹³⁷.

Ao pródigo também foi atribuída gradação relativa de incapacidade. Fábio Ulhoa define o pródigo como “relativamente incapaz porque a falta de critério nos gastos pode levá-lo à ruína”¹³⁸. Esta proteção encontra fundamento na medida em que a prodigalidade acaba prejudicando os interesses da família do pródigo, forçando-a a obrigação de socorrê-lo ou até mesmo a alimentá-lo¹³⁹. Na atualidade, o conceito de prodigalidade é confuso e pode ser encontrado no manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais – DSM V, como associado a algumas doenças em fase compulsiva como é o caso do transtorno de personalidade *borderline*¹⁴⁰.

Há ainda algumas situações específicas, que embora não sejam a essência deste estudo merecem ser citadas, como é o caso da capacidade do índio regulamentada por lei especial¹⁴¹, bem como a capacidade do idoso e do deficiente físico.

Importa a esta pesquisa a ênfase na limitação à capacidade de agir de crianças e adolescentes vistos, respectivamente, como absolutamente incapazes e relativamente incapazes. Neste sentido, a lei não fez distinção às situações em que a norma deve ser aplicada de maneira que há um largo espectro atuação da mesma. De fato, o instituto paternalista sempre teve como objetivo proteger o sujeito proprietário ignorando o ser humano axiológico. Disto resultou a aplicação

¹³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 240.

¹³⁷ *Ibid*

¹³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 185

¹³⁹ *Ibid*

¹⁴⁰ Informações disponíveis em <http://www.psiqweb.med.br/site/DefaultLimp.aspx?area=ES/VerClassificacoes&idZClassificacoes=95>

¹⁴¹ Referência ao Estatuto do índio, Lei nº6001 de 19 de dezembro de 1973 e ao Estatuto do idoso, Lei 10.741 de 1º de outubro de 2002.

analógica da teoria da incapacidade das relações patrimoniais para as existenciais. No item seguinte deste estudo, abordar-se-á a capacidade de agir nestas relações.

Por fim, estando estritamente relacionada com a personalidade, a capacidade das pessoas se faz regra no ordenamento jurídico civil brasileiro e a lei determina exceções, a ela propondo o instituto das incapacidades jurídicas.

2.4

Capacidade de agir em situações jurídicas patrimoniais e existenciais

Muito embora haja na doutrina, acirrados debates sobre os sujeitos de direito, este estudo será limitado à análise dos sujeitos de situações jurídicas subjetivos, especificamente, a pessoa natural.

Neste contexto, “sujeito de direito é quem participa das relações jurídicas, sendo titular de direitos e deveres”¹⁴², é à pessoa humana a qual se dirige a norma jurídica¹⁴³. Assim, como visto nos itens anteriores deste capítulo a pessoa natural, ao nascer com vida, é imersa no valor ético da personalidade jurídica que, circunstancialmente, se insere, em uma medida, a capacidade. Esta pode sofrer restrições, maiores ou menores, de acordo com a capacidade de discernimento da pessoa, nos casos especificados na lei civil.

Assim, a pessoa natural, titular de direitos da personalidade, é também sujeito de direitos subjetivos, no sentido de ter faculdade de agir, para a satisfação dos seus próprios interesses¹⁴⁴. Segundo Vicente Raó, “do ponto de vista filosófico, não há que negar-se que os direitos subjetivos existem para permitir aos homens a livre manifestação e o livre desenvolvimento da personalidade dentro da comunhão social”¹⁴⁵. O mesmo autor explica que os direitos subjetivos “supõem seres em relação e um deles é exatamente o sujeito enquanto o outro ou os outros

¹⁴² *Idem*. P.205.

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 34.

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 97.

¹⁴⁵ RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. P. 640.

ficam adstritos ao cumprimento ou respeito ao direito que ao primeiro pertence”¹⁴⁶.

Para Raó, os direitos subjetivos não podem existir sem sujeitos. Todavia, isto não significa afirmar que o sujeito deva existir na atualidade. Neste sentido, está o exemplo da prole eventual, ou seja, a permissão do Código Civil, de que o testador deixe patrimônio para filhos, de pessoas especificadas no testamento, que ainda não existem, mas que poderão existir, ao tempo do falecimento do autor do testamento (artigos 1800 e seguintes do Código Civil brasileiro)¹⁴⁷.

Ao distinguir direitos subjetivos dos direitos objetivos, Orlando Gomes propõe que os primeiros são faculdade de agir – *facultas agendi* – ao passo que os segundos são norma de ação – *norma agendi*. Um não pode existir sem o outro, por que inconcebível a existência de direitos subjetivos sem uma norma jurídica, não se pode imaginar ordem jurídica sem direitos subjetivos”¹⁴⁸.

Neste sentido, o autor define os direitos subjetivos e objetivos a partir da noção de direitos positivo.

No direito positivo uma distinção fundamental existe entre a norma considerada em si e a faculdade que ela confere às pessoas, singulares ou coletivas, de procederem segundo seu preceito, isto é, entre a norma que disciplina a ação (*norma agendi*) e a faculdade de agir de conformidade com o que ela dispõe (*Facultas agendi*).

Aquela, como mandamento, ou diretriz que é, vive fora da pessoa do titular da faculdade conferida e constitui o direito objetivo; esta, que na pessoa do titular se realiza, forma o direito subjetivo¹⁴⁹.

Desta maneira, os direitos da personalidade como categoria de direitos subjetivos, se realizam na pessoa do titular e inserem-se na discussão da capacidade jurídica para a realização de atos na vida civil. Segundo Cáo Mário, os elementos essenciais do direito subjetivo são: o sujeito, o objeto e a relação jurídica¹⁵⁰.

¹⁴⁶ *Idem*. P.342

¹⁴⁷ *Idem*. P.643

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito Civil*. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 97.

¹⁴⁹ RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. P. 192.

¹⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 37. “O sujeito, que tem o poder de exigir, o objeto, que traduz a satisfação daquele poder; e a relação ou vínculo jurídico, que é o meio técnico de que se vale a ordem legal, para a integração efetiva do poder da vontade”. Explica Caio Mário.

Os direitos subjetivos podem ser divididos em público e privado, daí, encontrar a mesma divisão para os direitos da personalidade. Considerados intrinsecamente, podem ser absolutos, ou seja, oponíveis *erga omnes*; ou relativos, “quando o dever jurídico é imposto a determinadas pessoas”¹⁵¹. Podem ser disponíveis ou indisponíveis, quando passíveis de transmissão ou insuscetíveis da mesma. Podem ser reciprocamente considerados, em principais e acessórios, mantendo a independência de existência, no primeiro caso e, a dependência de existência em relação ao principal, no segundo caso. Se, economicamente considerados podem ser patrimoniais ou não patrimoniais, como é o caso dos direitos da personalidade. Também se classificam em reais e obrigacionais¹⁵².

Esta classificação dos direitos subjetivos é predominante, de longa data, no Direito Civil brasileiro, sobretudo no que tange às relações jurídicas patrimoniais. Em toda a história do Direito Civil, núcleos rígidos de direitos positivados não permitiram que as normas civis pudessem acompanhar a evolução do homem e sua ciência. Ciência esta que tem garantido a passagem da simples imitação servil da natureza, para um mundo mais instigante da invenção humana¹⁵³.

Ao longo da história constitucional do Brasil, as ingerências governistas, as grandes guerras e a revolução industrial possibilitaram a passagem de um modelo intervencionista ao estado liberal de maneira que as relações jurídicas se consolidaram à guisa de ventos que ora sopraram para o sul, guiados por correntes publicistas e ora sopraram para o norte, sob a direção de correntes privadas. Mas a proliferação de microssistemas ante a Constituição da República de 1988 levou à necessidade de se perceber a unidade do sistema e a hierarquia das fontes normativas em relação à constituição tornando insustentável a proposição de uma dicotomia entre o direito público e o direito privado¹⁵⁴.

¹⁵¹ *Idem*. P.38.

¹⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 38/41.

¹⁵³ HUXLEY, Aldous. *O admirável mundo novo*. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. 24 ed. São Paulo: Globo, 1998. P.11 RODOTÁ em artigo publicado na revista virtual civilistica.com ensina que se a revolução da igualdade era a característica da modernidade, a revolução da Dignidade marca um novo tempo, abre a era da relação entre a pessoa, a ciência e a tecnologia.

¹⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito Civil – Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.P.8. Segundo a autora, “cada vez mais aumentam os pontos de confluência entre o direito privado, não havendo em relação a estes uma delimitação precisa. O interesse público e o interesse privado, ao contrario se fundem.Tal convergência faz-se notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude de instrumentos

Neste sentido, a positivação dos direitos fundamentais e o tratamento dado pela Constituição da República de 1988 à pessoa humana, mudou o rumo da normativa civilista que aperfeiçoada pelo legislador de 2002 trouxe um arcabouço de cláusulas abertas possibilitando uma interpretação das leis civil sob a perspectiva dos direitos fundamentais de maneira a não mais existirem razões para distinguir o sujeito de direito privado do sujeito de direito público, visto que há apenas um sujeito ao qual se dirigem os direitos fundamentais.

Todavia, a civilística brasileira foi constituída desde sua história mais remota, sobre os alicerces da propriedade, no sentido de ter sido esta ao longo da constituição do Estado brasileiro, grande motriz econômica. Esta cultura, sem dúvidas, absorvida pelo Código Civil de 2002, patrimonializou as relações existenciais¹⁵⁵ e desconsiderou o homem como um ser axiológico de maneira que, ainda hoje, “a categoria do ser está subordinada à categoria do ter: quem possui é”¹⁵⁶.

Esta dificuldade de reconhecer a pessoa humana como ente jurídico foi abordada por Maria Celina Bodin de Moraes. É possível delinear os sujeitos de direito a partir da compreensão da pessoa humana. Há, neste sentido, um conceito filosófico de dignidade que reconhece o imperativo categórico kantiano “na exigência de o ser humano jamais ser visto, ou usado, como meio para se atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo”¹⁵⁷.

Nas proposições de Maria Celina Bodin de Moraes,

De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*Preis*) e a dignidade (*Wurden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas tem preços; as pessoas, dignidade.¹⁵⁸

privados por parte, por parte do Estado, em substituição de arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria de interesses difusos ou supra-individuais; seja, no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar”. Op.Cit.P.10.

¹⁵⁵ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. As relações jurídicas existenciais devem ser entendidas como aquelas relações “que possibilitam à pessoa humana o desenvolvimento da personalidade”.

¹⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P.4

¹⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito Civil – Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 1

¹⁵⁸ *Ibid*

A autora entende que é preciso avaliar sistematicamente as mudanças introduzidas pela Constituição Cidadã e percebê-la como estrutura máxima do ordenamento jurídico cujos princípios que dela emergem se tornam normas-princípios, para a reconstrução do sistema de direito privado e a interlocução da análise civil – constitucional permite a utilização de regras de hermenêutica; a utilização de uma principiologia adequada ao caso em concreto¹⁵⁹.

Reconhece-se, dentro do próprio direito positivo, a abertura do sistema que, em sua dinâmica permite, através do processo de interpretação, o recurso – sempre argumentativo – aos valores. Isso se dá especialmente através dos princípios, normas que, por sua estrutura peculiar, impõem ao intérprete um esforço especial de justificação¹⁶⁰.

No mesmo sentido, Heloisa Helena Barbosa entende que “a constituição da república instaurou uma nova ordem jurídica, calcada em novos princípios constitutivos, determinando, por conseguinte, um repensar no nosso sistema científico”¹⁶¹. Prossegue a autora ponderando que

Paralelamente, não se pode negar que os impactos causados pelos fatos decorrentes dos avanços da biomedicina e da biotecnologia estão hoje a exigir do jurista profunda reflexão, a qual deve ser feita à luz daqueles princípios¹⁶².

Ao introduzir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), o constituinte de 1988 permitiu a quebra do paradigma sobre o sujeito de direito proprietário e possibilitou uma nova visão do sujeito de direito na ordem civil, uma visão civil - constitucionalizada.

Neste sentido, Rose de Melo Vencelau propõe que

A noção de pessoa, personalidade e relação jurídica têm sido desenvolvidas na perspectiva dos interesses meramente patrimonial. A pessoa é o sujeito de direito (subjetivos), aquele que tem personalidade e quem pode polarizar uma relação jurídica, seja como titular de direito subjetivo, seja como obrigado a um dever

¹⁵⁹ *Idem*. P. 8

¹⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de *O jovem direito civil constitucional*. In: Revista eletrônica de direito civil. Ano 1 nº 1/2012. Disponível em <http://civilistica.com/o-jovem-direito-civil-constitucional/> capturado em 18/05/2013 às 13:00 p. 3

¹⁶¹ BARBOZA, Heloisa Helena. *Boética X Biodireito: influencias dos conceitos jurídicos*. In: Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

¹⁶² *Idem*. P. 5.

jurídico. Contudo, a pessoa não deve ser reduzida ao mesmo nível das coisas ou fatos, a mero elemento da relação jurídica¹⁶³.

Pietro Perlingieri lembra que “a situação jurídica foi pensada para dar forma conceitual a comportamentos”¹⁶⁴. Neste sentido, o interesse reconhecido é traduzido em um comportamento e por isto o interesse da pessoa na realização do ato, precede o exercício do direito¹⁶⁵. Para isto é necessário “manifestação de vontade de um sujeito, não necessariamente de seu titular”¹⁶⁶. Assim, o autor explica que “como regra geral, somente o titular da situação pode exercê-la (gozar e dispor), buscando a sua tutela também em sede processual. Todavia, existem hipóteses nas quais o legitimado ao exercício é um sujeito diverso”¹⁶⁷.

Rose de Melo Vencelau esclarece que “existem situações jurídicas subjetivas que se situam na categoria do “*ser*” e outras que se inserem na categoria do “*ter*””¹⁶⁸. Neste contexto, continua a autora expondo que o critério que inclui a situação em uma ou em outra categoria, é a patrimonialidade¹⁶⁹. Neste sentido, uma situação jurídica é classificada como patrimonial quando há possibilidade de atribuição de valor financeiro, ao passo que situações jurídicas existenciais, o objeto não é suscetível de atribuição de valor financeiro.

Na categoria do “*ser*”, as situações jurídicas existenciais “são identificadas com os direitos da personalidade”¹⁷⁰. Todavia, Rose de Melo Vencelau adverte que as estas situações, não patrimoniais, recebem classificações em: situações jurídicas existenciais não patrimoniais *lato sensu*, que seria o gênero do qual fazem parte as situações jurídicas *stricto sensu* e as existenciais. A primeira delas,

¹⁶³ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 15.

¹⁶⁴ PRELINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 106.

¹⁶⁵ *Idem*. P. 106.

¹⁶⁶ *Ibid*. Perlingieri exemplifica o argumento com o instituto da tutela, postulado do direito de família. Eis o exemplo: “um tutor que exerce os direitos (alguns deles), que são do menor; o interesse é do menor, a vontade, ao revés, do tutor: o primeiro é o titular do interesse, isto é da situação subjetiva, o segundo é legitimado a exercê-la. O Exercício significa também capacidade de exercer, capacidade de fato; uma coisa é o sujeito titular do interesse, outra aquele que o exerce”.

¹⁶⁷ *Idem*. P. 113.

¹⁶⁸ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 16

¹⁶⁹ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 16. Esta autora ensina que o conceito geral das categorias de direitos subjetivos é o se chama de situação jurídica. Quando subjetivas, dizem respeito ao comportamento humano.

¹⁷⁰ *Idem*. P. 19.

embora seu objeto não tenha valor pecuniário, “não representa o valor da personalidade”, a exemplo da boa fé objetiva¹⁷¹. Por outro lado, nas situações jurídicas existenciais “a pessoa é o próprio interesse.”¹⁷² A pessoa é ao mesmo tempo sujeito e referência ao objeto¹⁷³.

As situações jurídicas patrimoniais têm origem na história do direito brasileiro relacionada ao direito de propriedade e à teoria contratual¹⁷⁴. A mecânica de evolução comercial, vinculada às potencialidades da tecnologia, perpetuou um Direito Civil patrimonializado, não apenas pela noção de sujeito proprietário, mas também pela lógica do sujeito consumidor¹⁷⁵. A ela se unem situações reais ou de crédito, como a sequela e a preferência, as servidões de passagem, o penhor e o usufruto¹⁷⁶.

Por outro lado, Rose de Melo Vencelau leciona que as situações jurídicas existenciais servem ao desenvolvimento da personalidade, “o que corresponde ao principal interesse social do ordenamento jurídico brasileiro, que a promoção da Dignidade da Pessoa Humana”¹⁷⁷.

Em resumo, a autora propõe

Assim, embora nem todos sejam titulares de situações jurídicas patrimoniais positivas (crédito, propriedade etc), são todos titulares de situações jurídicas subjetivas existenciais ativas (vida, saúde, honra, etc). Cuida-se de situações jurídicas existenciais e patrimoniais, ao invés de direitos subjetivos existenciais e patrimoniais. Isto porque o direito subjetivo é apenas uma das mais variadas situações subjetivas e nem sempre a mais adequada para explicar o agir humano¹⁷⁸.

Ana Carolina Broxado, por sua vez, aborda as situações jurídicas existenciais sob a perspectiva da autonomia da vontade, pelo menos de uma das pessoas envolvidas na relação.¹⁷⁹ Segundo a autora, a autonomia da vontade refere-se às relações contratuais, deixando a cargo da pessoa a liberdade de

¹⁷¹ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 34.

¹⁷² *Idem*. P. 35.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ PRELINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 202/210.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 45.

¹⁷⁸ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. . Introdução.

¹⁷⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 129.

contratar¹⁸⁰. Trata-se de uma visão pertinente ao Estado Liberal cujo valor protegido era o patrimônio¹⁸¹.

De outra sorte, a autora explica que a autonomia privada é uma referência ao “espaço de atuação da pessoa, com eficácia normativa. Espaço este limitado pela convivência com o outro no âmbito de uma mesma sociedade, o que reforça a ideia de relevância da solidariedade”¹⁸².

Quanto aos fundamentos legislativos para cada uma das situações jurídicas referenciadas até aqui, Ana Carolina Brochado os apresenta

há patente diversidade de fundamentação dos atos de autonomia, tendo-se como parâmetro o tipo de situação, definida pelas funções a serem realizadas: se patrimonial repousa na livre iniciativa, prevista pelo art. 170, CF/88, se existencial, sua base está na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e liberdade (art. 5º, caput, CF). A diferença de fundamento interfere na coerência e legitimação dos argumentos utilizados para qualificação da situação jurídica e no regime jurídico aplicável¹⁸³.

Como partícipes das relações jurídicas, a pessoa natural é vista como sujeito de direito dotada de personalidade e capacidade jurídica. Neste sentido, titulariza direitos subjetivos que se efetivam pela via dos direitos objetivos. Assim, no universo dos direitos subjetivos, as situações jurídicas patrimoniais e existenciais dizem respeito às diversas relações jurídicas que a pessoa humana pode titularizar.

Com efeito, a capacidade de agir em situações jurídicas patrimoniais remeterão à norma proposta pelos arts. 3º e 4º do Código Civil determinando a análise dos requisitos objetivos para a verificação da capacidade ou o grau de incapacidade do sujeito¹⁸⁴. Todavia, a questão controvertida sobre a capacidade de agir desperta quando se analisam as situações jurídicas existenciais.

Para Diogo Carvalho Machado, a resolução desta problemática está na distinção entre titularidade e legitimação¹⁸⁵. O fundamento desta afirmação está na abordagem da concepção realista sobre a capacidade de agir. Segundo o autor, “tal

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 141.

¹⁸⁴ Referência ao estudo realizado no item 2.3

¹⁸⁵ MACHADO, Diego Carvalho. *Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 46, abril/Junho, 2011.

teoria propugna que a nascente da capacidade de agir está na concreta realidade do ser humano, melhor dizendo, na realidade biopsicológica da pessoa humana, e não no etéreo elemento voluntarístico ou num fechado sistema de direito”¹⁸⁶. A tese sustentada por esta teoria trata do efetivo autogoverno da pessoa, permitindo que ela exerça a liberdade de escolha quando apresenta “condições psíquicas de arcar com as consequências de seus atos”¹⁸⁷. Neste sentido, a teoria sustenta a análise do efetivo discernimento da pessoa ligado à capacidade de agir ao qual “se autoconforma ao se conduzir de acordo com o projeto de vida autonomamente planejado”¹⁸⁸.

O estudo da capacidade de agir, segundo Diogo Carvalho, alia-se à análise de duas teorias, a primeira delas a realista (já mencionada) e a segunda, que vem ganhando força no direito brasileiro com os estudos de Ana Carolina Brochado, refere-se à teoria da incindibilidade entre titularidade e exercício das situações existenciais¹⁸⁹. Para os defensores desta última teoria, há “equivocada e acrítica extensão da área de atuação do binômio capacidade jurídica – capacidade de agir, emerso no seio das relações patrimoniais”¹⁹⁰.

Tudo isto retoma a necessidade de distinção entre titularidade e legitimidade. A primeira refere-se a uma aptidão genérica e liga-se fundamentalmente à personalidade. Ao adquiri-la, a pessoa se liga a um direito por um nexo de causa e efeito, chamado titularidade. De outra sorte, a legitimidade está estreitamente ligada à capacidade de agir porque conecta o ser humano ao exercício do direito¹⁹¹. Neste sentido, titularidade e legitimidade, em se tratando de relações jurídicas existenciais, “coincidem com a existência mesma do valor da pessoa humana”¹⁹².

Disto resulta a conclusão de Diogo Carvalho no sentido de que são irrelevantes as figuras da capacidade jurídica e da capacidade de agir para as

¹⁸⁶ MACHADO, Diogo Carvalho. *Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 46, abril/Junho, 2011. P. 6

¹⁸⁷ *Idem*. P. 7

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ MACHADO, Diogo Carvalho. *Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 46, abril/Junho, 2011. P. 9

¹⁹⁰ *Ibid.* P. 10. Neste sentido, Pietro Perlingueri, Rose de melo Vencelau, Ana Carolina Brochado.

¹⁹¹ *Idem*. P. 11.

¹⁹² *Ibid.*

situações jurídicas existenciais.¹⁹³ Este autor sustenta a necessidade de verificação da capacidade de discernimento diante da realidade concreta. A construção do conceito de *discernimento* para tomada de decisão será construída neste estudo, mais adiante, no próximo capítulo.

Contrária às proposições de Diogo Carvalho estão as teses negativistas da vontade, que argumentam sobre a legislação positivada e ao seu estrito cumprimento de sorte a conduzir a aplicação da norma ao caso concreto, mesmo quando, de fato, esta aplicação traga confusão e descompasso jurídico. Estas teses ignoram o aspecto axiológico do ser humano e a dimensão aberta dos direitos fundamentais da personalidade, impondo limites de atuação do ser humano ao seu autogoverno em situações que não ofendem a coletividade, mas apenas fomentam o livre desenvolvimento da personalidade¹⁹⁴.

Por todo exposto, a capacidade de agir em situações jurídicas patrimoniais, ou seja, aquelas que às quais pode ser atribuído um valor econômico, devem ser analisadas sobre o conservador viés pretendido pelo legislador de 2002: a proteção ao patrimônio mínimo necessário à sua existência digna. Contrário *sensu*, em situações jurídicas existenciais, a capacidade de agir deve ser vista sob o ponto de vista da coincidência entre a titularidade e a legitimidade do sujeito de direito de maneira que a capacidade de discernimento será avaliada na concretude do caso real.

¹⁹³ *ibid*

¹⁹⁴ Neste sentido estão os ensinamentos de Vicente Raó, Pietro Perlingieri e Diego Carvalho, nas respectivas obras *O Direito e a vida dos direitos*, *Perfis do direito civil e Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado*.

O significante da pessoa humana

No capítulo anterior, os institutos da personalidade e da capacidade foram apresentados conforme a legislação civil em vigor no Brasil. Ponderações críticas foram inseridas ao longo de toda discursiva demonstrando a íntima relação entre personalidade, capacidade e os direitos fundamentais da personalidade a guisa de visualizar a aplicação destes institutos no que se refere à capacidade de agir em situações jurídicas existenciais.

O capítulo que se inicia trata da pessoa humana e do reconhecimento constitucional de seu caráter prevalente em face das relações patrimoniais. Assim, a visão do humano será revisada pela metodologia civil constitucional de maneira a proporcionar uma correta compreensão da aplicação do princípio e da cláusula geral de proteção da pessoa humana preceituada pela Carta Cidadã de 1988.

Ao final deste capítulo, pretende-se apresentar o princípio da dignidade da pessoa humana como regra de hermenêutica capaz de garantir a cláusula geral diante da tomada de decisão em crianças e adolescentes. Para tanto, duas perspectivas serão abordadas: 1) A teoria do *menor maduro*, prevista na convenção sobre os direitos da criança e do adolescente, ratificada pelo Brasil em 1990; 2) Algumas teorias sobre o consentimento informado com a finalidade de encontrar critérios que sustentem a argumentação sobre a capacidade de agir de crianças e adolescentes no que se refere a situações jurídicas existenciais.

A normatização civil brasileira necessita de constantes interpretações dada a multiplicidade de relações que envolvem. Isto significa dizer que mesmo às referências legislativas patrimoniais devem estar sob constante atenção do operador do direito dada a proximidade delas com as situações existenciais. De sorte que pode haver momentos em que uma se ligará indissociavelmente à outra¹⁹⁵.

¹⁹⁵ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 46. A autora apresenta exemplos como a imagem, direito do autor, privacidade. P. 48/49. O que pretende enfatizar neste ponto, é o desenvolvimento de tecnologias que impulsionam o comércio mundial de sorte que os contratos tipificados passam a não mais atender as demandas reais. De outro lado, as mesmas tecnologias, inserem situações subjetivas existenciais antes sequer pensada como por exemplo, as modificações no corpo humano, que passa a ser usado como instrumento de manifestação de convicções pessoais e políticas.

A constante reinterpretação das normas de direito civil à luz dos princípios constitucionais, sobretudo à luz da dignidade da pessoa humana possibilita manter a visão do direito como integridade¹⁹⁶ permitindo ao magistrado sustentar o ônus da argumentação.

3.1

A pessoa humana

A evolução do direito inseriu nos ordenamentos jurídicos a necessidade de proteção ao ser humano. Uma história de guerras, massacres e subjugação do homem pelo homem trouxe aos juristas, em geral, a percepção de que caberia ao direito o estabelecimento de normas capazes de determinar um *locus* prioritário à espécie humana no sistema de garantias fundamentais.

Todavia, a nomenclatura utilizada para identificar aqueles que fazem parte da espécie humana, não é uníssona, desde os tempos mais remotos da história do homem. Brunello Stancioli menciona o fato ao expor que “a maioria dos estudiosos parece considerar a ideia como sendo inata, ou seja, a noção de pessoa seria um dado, tendo sempre existido”¹⁹⁷.

De outra sorte, o dicionário Aurélio online conceitua pessoa como “criatura humana; homem enquanto ser moral; o ser humano, corpo, e a vida de alguém; Direito da Pessoa Física, o ente como existe realmente”¹⁹⁸.

O mesmo dicionário trata o homem como um conceito biológico, como

um indivíduo dotado de inteligência e linguagem articulada, bípede, bímano, classificado como mamífero da família dos primatas com a característica da posição ereta e da considerável dimensão e peso do crânio/ Espécie humana, humanidade: a evolução social do homem / A criatura humana sob o ponto de vista moral: todo homem é passível de aperfeiçoamento. / Pessoa do sexo masculino, macho¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Terminologia utilizada por Ronald Dworkin na obra *O império do Direito*.

¹⁹⁷ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia aos Direitos da Personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. U.F.M.G – Biblioteca Universitária, 2007. P. 28.

¹⁹⁸ PESSOA. In: DICIONÁRIO Aurélio online. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/Pessoa.html> Acesso em: 20/12/2013.

¹⁹⁹ HOMEM. In: DICIONÁRIO Aurélio online. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/Homem.html> Acesso em: 20/12/2013.

Carl Roger, psicólogo americano, precursor da psicologia humanista, em seu livro *Tornar-se pessoa*, descreve a relação entre o ser humano e a pessoa como uma relação de gênero e espécie²⁰⁰. Isto significa que ser humano constitui um gênero do qual todo o homem, pessoa, é a espécie. Roger não atribui ao homem uma categoria biológica como Darwin fizera, mas reconhece no ser humano a potencialidade de tornar-se pessoa. Isto significa que “cada indivíduo tende a tornar-se uma pessoa separada, distinta e única”,²⁰¹ embora reúna características de ser humano.

É a singularidade narrada por Roger que especifica a pessoa e a ela se ligam atributos jurídicos, qualidades pessoais, caracteres biológicos... Para este autor, a *pessoa aflora* quando se abre à experiência, e delas é possível fazer emergir a confiança no próprio organismo²⁰².

Nessa ponderação e equilíbrio de todos os componentes de uma determinada escolha de vida, seu organismo não seria de forma alguma infalível. Escolhas errôneas podem ser feitas. Mas devido ao fato de estar aberto às suas experiências, há uma consciência maior e mais imediata de consequências insatisfatórias, uma correção mais rápida das escolhas que estão erradas.

Mauss descreve que, nas comunidades de povos indígenas de Zuni, a noção de pessoa e indivíduo se confundia com o seu clã. Essa ideia, no entanto se dissociava em cerimoniais, através do uso das máscaras, de acordo com o título, categoria, com a propriedade, esta vista sobre o ponto de vista da grandeza do nome e dos títulos que se ostentava²⁰³. Este sociólogo expõe em sua obra que o problema é encontrado na história de algumas tribos americanas, ou seja, o homem é sempre identificado a partir do *locus* social que ocupa²⁰⁴.

Neste sentido, a pessoa é o que é, mas a máscara é a representação de um empréstimo tomado pelos etruscos na narrativa de Mauss²⁰⁵. A máscara é o status que define a pessoa em seu meio social.

²⁰⁰ ROGERS, Carl. *Tornar-se pessoa*. Lisboa: Moraes editores, 1984.

²⁰¹ *Idem*. p. 63.

²⁰² *Idem*. p. 63/65.

²⁰³ MAUSS, Marcel. *Sociología y antropología*. 1º Ed. Reimpressão, Madrid: Editora Tecnos, 1979. P 314.

²⁰⁴ *Idem*. p. 314/315.

²⁰⁵ MAUSS, Marcel. *Sociología y antropología*. 1º Ed. Reimpressão, Madrid: Editora Tecnos, 1979. P 385.

Rodotá analisa o status no mundo jurídico como o viés do homem proprietário²⁰⁶. Este status, segundo Rodotá “denota não só o desenvolvimento econômico”²⁰⁷, mas implica e uma “constitucionalização da desigualdade”²⁰⁸. Desta maneira, o autor entende que ocorre uma assimetria neste status: “O proprietário apaga o cidadão”²⁰⁹.

Vista, sob a ótica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a pessoa é conceituada a partir de um critério de valor ético e por isso são “livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”²¹⁰. O artigo II da mesma declaração prevê que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”²¹¹. Toda pessoa, tem ainda, direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal; tem o direito de não ser escravizado ou traficada²¹². Toda pessoa tem o direito a não ser torturada ou submetida a tratamento degradante, tem direito à identidade, à igualdade de tratamento perante a lei, tem direito à saúde, ao acesso à justiça. Toda pessoa tem direito à nacionalidade²¹³.

Segundo Nuno M.M. Santos Coelho, o desafio do direito é a “realização do humano como pessoa, vista não como um dado antropológico, mas como uma conquista, como um desafio e como uma tarefa”²¹⁴. Este autor ratifica o que Carl

²⁰⁶ RODOTÁ, Stefano. *Antropologia dell' homo dignus*. In: *Civilística.com*. Revista eletrônica de direito civil. Ano 2. N. 1, 2003. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/01/Rodot%C3%A0-civ.a2.n1.2013.pdf> capturado em 15/06/2013. P. 3.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.* “Tra l’originaria costituzione, la Dichiarazione dei diritti e il Code civil si manifesta precocemente quella che oggi chiameremmo una asimmetria. Il proprietario tende a cancellare il cittadino, o meglio a concentrare la cittadinanza in capo al proprietario, con una vicenda che avrà la sua più evidente manifestazione nella cittadinanza censitária”.

²¹⁰ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Resolução 217 A (II) da Assembleia Geral das Nações Unidas 10/12/1978. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm capturada em 12/10/2013. Artigo I.

²¹¹ *Idem.* Artigo II.

²¹² *Idem.* Artigos III, IV.

²¹³ *Idem.* Artigos V à X.

²¹⁴ COELHO, Nuno M.M. In: *O direito e o futuro da pessoa. Estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira Azevedo*. Organizadores: Rubens Beçak e Ignácio Maria Poveda Velasco. São Paulo: Atlas, 2011. P. 37

Roger propôs, no sentido de que “a humanidade do homem”²¹⁵ se constrói na relação com o outro. Assim, explica Coelho que

O ser-com-outros que distingue ontologicamente o humano – “condição de possibilidade” da “humanidade do homem” e da “base constituinte de tudo o que de essencialmente humano pode adivir no mundo humano” – traz o problema universal da convivência, na forma de tensão entre o próprio e o comum, sempre potencialmente conflituoso. O eu pessoal e o eu social estabelecem um difícil equilíbrio. A autonomia mantém-se como equilíbrio das “pessoas que participam nessa comunidade sem se esgotarem nessa participação, aos quais ao mesmo tempo retiram sua própria humanidade (como seres de linguagem a partilhar um mesmo mundo da vida) da coexistência comunitária”²¹⁶.

Assim, a pessoa firma-se “no reconhecimento pelo outro do ser-pessoa do humano, a denunciar o caráter histórico e a coexistencialidade de todo valor: o valor humano não é dado, mas constrói-se enquanto o humano afirma-se e mantém-se, em sua relação de coexistência histórica, como dignidade”²¹⁷.

Para Hannah Arendt, o contato com a realidade do mundo objetivo constrói o eu - pessoa do humano na medida em que permite um movimento interacionista que condiciona o homem ao mesmo tempo em que é por ele condicionado, de maneira a se tornar condição de existência do ser humano²¹⁸.

Por isso, os homens independente do que façam, são sempre seres condicionados. Tudo o que adentra o mundo humano, por si próprio, ou para ele é trazido pelo esforço humano, torna-se parte da condição humana. O impacto da realidade do mundo sobre a existência humana é sentido e recebido como força condicionante. A objetividade do mundo – seu caráter – de – objeto [...] ou seu caráter – de - coisa [...] - e a condição humana complementam-se uma à outra; por ser uma existência condicionada, a existência humana seria impossível sem coisas, e estas seriam um amontoado de artigos desconectados, um não – mundo, se não fossem os condicionantes da existência humana²¹⁹.

O direito surge na tutela da dupla face do ser-pessoa do humano: o eu e eu social²²⁰. A tutela jurídica da pessoa humana tem um caráter subjetivista na

²¹⁵ *Idem.* p. 38.

²¹⁶ COELHO, Nuno M.M. In: *O direito e o futuro da pessoa. Estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira Azevedo*. Organizadores: Rubens Beçak e Ignácio Maria Poveda Velasco. São Paulo: Atlas, 2011. P. 38.

²¹⁷ *Idem.* P.39.

²¹⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11º Ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. P. 11.

²¹⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11º Ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. P. 11.

²²⁰ O caráter da coexistência histórica abordado por Coelho é lido por Hannah Arendt na construção da condição humana. O ser – pessoa do humano se constitui assim na perspectiva da relação com o outro e na interação com a realidade do mundo, no sentido de mundo enquanto

proteção da individualidade da pessoa e um caráter mais aberto e dinâmico que permitem sua inclusão em sociedade a exemplo da política de reconhecimento, a estabelecer critérios de identidade e diferenças²²¹.

De tudo isto, resta concluir que não parece haver antagonismo na expressão pessoa humana, no sentido de que toda pessoa seria humana. De fato, assim o é. Todavia, ao ser - pessoa do humano se liga às ficções jurídicas, emergem as relações jurídicas (um viés do eu social), se unem os atributos da personalidade, como a capacidade ou a incapacidade. Mesmo quando as condições do ser - pessoa do humano desaparecem²²², ainda sim, ali há um ser humano, um gênero maior, suficiente para receber o valor da Dignidade que não se dirige apenas ao ser - pessoa do humano, mas ao ser humano axiológico.

Neste sentido, é a proposta de Hannah Arendt ao estudar *a condição humana*

Para evitar mal-entendido: a condição humana não é o mesmo que natureza humana, e a soma total das atividades e capacidades humanas que correspondem à condição humana não constitui algo equivalente à natureza humana. Pois nem aquelas que discutimos neste livro, nem as que deixamos de mencionar, como o pensamento e a razão, e nem mesmo a mais meticulosa enumeração de todas elas, constituem características essenciais de existência humana no sentido de que, sem elas, essa existência deixaria de ser humana²²³.

Hannah Arendt traduz o homem pela expressão *vida activa* a significar atividades fundamentais desenvolvidas pelo homem como uma das condições

objetividade e objeto. “A condição humana compreende mais que as condições sob as quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados, porque tudo aquilo que eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. O mundo no qual transcorre a vida activa consiste nas coisas produzidas pela atividade humana; mas as coisas que devem sua existência exclusivamente aos homens constantemente condicionam, no entanto, os seus produtores humanos. Além das condições sob as quais a vida é dada ao homem na terra e, em parte, a partir delas, os homens constantemente criam suas próprias condições, produzidas por eles mesmos, que, a despeito de sua origem humana e de sua variabilidade, possuem o mesmo poder condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana ou mantenha uma duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição da existência humana”a. ARENDT, Hannah. *Op.Cit.* P. 10-11.

²²¹ Menção aos textos de Stuart Hall, *Identidade e Diferença. A perspectiva de estudos culturais*. Petrópolis, Vozes, 2013 e Charles Taylor, em *La política Del reconhecimento*.

²²² O desaparecimento do ser pessoa do humano aconteceria quando da perda total de autodeterminação, nos casos de coma por qualquer tipo de enfermidade, no caso de convalescência em estado vegetativo, no caso de demências congênicas ou adquirida.

²²³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11ª Ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. P. 11.

básicas para sua vida na terra. Para além do trabalho, da obra e da ação²²⁴, estão as condições de nascimento e a morte²²⁵.

Neste sentido, a partir dos ideais da revolução francesa, Rodotá argumenta sobre a necessidade de criação de um espaço em que a liberdade e a igualdade pudessem dialogar e imergir o ser humano nas relações sociais de modo a estruturar uma nova antropologia através da constitucionalização da pessoa²²⁶.

Por fim, a pessoa humana é um valor, não um dado; um gênero que dispensa atributos para ser tutelado. A proteção dada à pessoa humana, na Carta Constitucional de 1988, fez emergir no ordenamento jurídico pátrio um olhar singularizado ao homem, para além da condição de ser-pessoa do humano. Disto, resulta uma visão, atualmente, metabolizada do direito privado sobre a pessoa humana, de sorte a poder revisitar institutos de origem patrimonialista e a agregar o valor despatrimonializado a estes institutos, garantindo uma releitura à luz dos direitos fundamentais da pessoa humana.

3.2

O princípio e a cláusula geral da pessoa humana

A história do direito civil brasileiro é a história do homem amarrado ao seu status: o homem proprietário. A antropologia estudada por Rodotá, afirma a assimetria entre o proprietário e o cidadão de sorte a afirmar a existência de duas pessoas diferentes²²⁷.

Rose de Melo Vencelau ensina que “o estudo do direito civil se centrou no *ter*, enquanto o *ser* ficou marginalizado como categoria jurídica”²²⁸. Todavia,

²²⁴ O trabalho, a obra e a ação foram propostos pela autora como uma das condições humanas. Nesse sentido, a autora expõe que “a condição humana pelo trabalho, é a própria vida”. Já a obra é a condição humana pela “mundalidade”. E a ação, é a pluralidade, “porque somos todos iguais, isto é, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá”. ARENDT, *Op.cit.* P. 10/11.

²²⁵ *Idem.* P. 9/10.

²²⁶ RODOTÁ, Stefano. *Antropologia dell’uomo dignus*. In: *Civilística.com*. Revista eletrônica de direito civil. Ano 2. N. 1, 2003. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/01/Rodot%C3%A0-civ.a2.n1.2013.pdf> capturado em 15/06/2013. P. 3.

²²⁷ RODOTÁ, Stefano. *Antropologia dell’uomo dignus*. In: *Civilística.com*. Revista eletrônica de direito civil. Ano 2. N. 1, 2003. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/01/Rodot%C3%A0-civ.a2.n1.2013.pdf> capturado em 15/06/2013. P. 3.

²²⁸ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 1

Rodotá ressalta que a assimetria entre o *ter* e o *ser* foi neutralizada com a “invenção do sujeito abstrato”²²⁹.

Rodotá entende que a aproximação dos ideais de igualdade e liberdade puderam auxiliar na reconstrução do vínculo rompido entre o sujeito proprietário e a pessoa²³⁰. Este parece ter sido um dos legados do pós-guerra onde os homens foram expostos à realidade do holocausto criado pelo próprio homem. Assim, Rodotá propõe que “se a revolução da igualdade era a característica da modernidade, a revolução da dignidade marca um novo tempo [...], abre a era da relação entre a pessoa, a ciência e a tecnologia”²³¹.

Esta proposição também é defendida por Heloisa Helena Barboza ao propor que

O encaminhamento das soluções jurídicas para todos confrontos decorrentes desses fatos, ainda que distintos em sua causa e efeito, deve encontrar um ponto comum em princípios éticos, notadamente na valorização e preservação da dignidade e vida humanas, hoje princípios estabelecidos pela constituição²³².

Mas, qual seria a utilidade dos princípios para o direito positivo? Ou melhor, qual a força jurídica de um princípio? A depender destas respostas, podemos levantar uma terceira indagação: A utilização de princípios no ordenamento jurídico positivado seria capaz de trazer segurança jurídica às múltiplas relações vivenciadas pelo ser humano no mundo real objetivo?

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, há uma clássica distinção entre normas, regras e princípios. Neste sentido, ensina a autora que

As normas jurídicas podem ser divididas nesses dois tipos diferentes entre si: as regras, dotadas de maior grau de concreção, e os princípios, dotados de maior grau de abstração. Enquanto as regras, em cuja estrutura se reúne o pressuposto

²²⁹ RODOTÁ, Stefano. *Antropologia dell' homo dignus*. In: *Civilística.com*. Revista eletrônica de direito civil. Ano 2. N. 1, 2003. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/01/Rodot%C3%A0-civ.a2.n1.2013.pdf> capturado em 15/06/2013. P. 3. “Davvero si confrontano due antropologie, potremmo quasi dire due diverse persone, anche se questo conflitto viene neutralizzato grazie all'invenzione del soggetto astratto”.

²³⁰ *Idem*. P. 4.

²³¹ *Ibid*. “Sul terreno dei principi questo è il vero lascito del costituzionalismo del dopoguerra. Se la “rivoluzione dell'eguaglianza” era stato il connotato della modernità, la “rivoluzione della dignità” segna un tempo nuovo, è figlia del Novecento tragico, apre l'era del rapporto tra persona, scienza, tecnologia”.

²³² BARBOZA, Heloisa Helena. *Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos*. In: *Temas de Biodireito e Bioética*. Heloisa Helena Barboza e Vicente de Paulo Barreto organizadores. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 7.

fático e a consequência jurídica de sua ocorrência, ainda podem admitir o procedimento de subsunção aos fatos concretos, os princípios, por não possuírem a mesma estruturação, traduzem a prescrição de um valor ao qual atribuem positividade – trata-se, pois, de normas que impõem a realização de um valor²³³.

A autora ressalta, ainda, que “cada regra pode e deve, ser preferida a um ou mais princípios, constituindo-se, dada a unidade do ordenamento jurídico, num modo de realização de algum princípio”²³⁴. Ao unir-se a uma regra, o princípio introduz a ela um valor nele contido, indicando uma direção para a aplicação da mesma²³⁵.

Kildare Carvalho indaga sobre se haveria força normativa vinculada aos princípios e conclui que “a distinção, pois, entre princípios e normas jurídicas não resulta na negação dos princípios como espécies normativas: uma vez positivados no texto constitucional, ascendem executáveis, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais”²³⁶.

As normas, segundo Kildare Carvalho, se dividem em normas-princípios e normas-disposições²³⁷. José Afonso da Silva esclarece que os princípios emanam de um sistema de normas como “núcleo de condensações, nos quais confluem

²³³ MORAES, Maria Celina Bodin. *A utilidade dos princípios na aplicação do direito*. Editorial. In: *Civilística.com*. Revista eletrônica de direito civil. Ano 2. N. 1, 2013. P. 2. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/01/Editorialciv.-a2.n1.2013.pdf>. No mesmo sentido, Kildare Carvalho ao citar Tércio Sampaio propõe alguns critérios que chamou de definitivos para diferenciar princípios de regras. São eles: “Os princípios não exigem um comportamento específico, isto é, estabelecem ou pontos de partida ou metas genéricas; as regras ao contrário são específicas ou em pauta; 2. Os princípios não são aplicáveis a maneira de um “tudo ou nada”, pois enunciam uma ou algumas razões para decidir em determinado sentido, sem obrigar a uma decisão particular; já as regras enunciam pautas dicotômicas, isto é, estabelecem condições que tornam necessária sua aplicação e conseqüências que se seguem necessariamente; 3. Os princípios têm um peso ou importância relativa, ao passo que as regras têm uma impenibilidade mais restrita; assim os princípios comportam avaliação, sem que a substituição de um por outro de maior peso signifique a exclusão do primeiro; já as regras, embora admitam exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente; 4. O conceito de validade cabe bem para as regras (que são ou não são), mas não para os princípios, que, por serem submetidos à avaliação de importância, mais bem se encaixam no conceito de legitimidade”. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. P. 167.

²³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. *A utilidade dos princípios na aplicação do direito*. Editorial. In: *Civilística.com*. Revista eletrônica de direito civil. Ano 2. N. 1, 2013. P. 2. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/01/Editorialciv.-a2.n1.2013.pdf>

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. P. 167. O autor esclarece que a ideia de princípio é fundamental à ciência e à filosofia. Para o direito, seu fundamento de validade encontra-se na ordem constitucional, extraído da ideia de constituição como norma suprema. P. 166.

²³⁷ *Idem*. P.167.

valores e bens constitucionais”²³⁸. Assim, princípios que se formam como bases da norma jurídica são positivamente incorporados, configurando-se em normas-princípio.

Maria Celina Bodin de Moraes pondera que há inúmeras críticas à utilização dos princípios. Isto ocorre, segundo a autora, em razão do caráter de abstração dos princípios e a vagueza dos conceitos. De outra sorte, a autora defende que a utilização dos princípios, como regra de hermenêutica, possibilita a diminuição de ambiguidades intrínsecas das normas. Quando o princípio geral é aplicado junto à norma serve para justificá-la e se torna possível assumir o ônus da argumentação²³⁹.

Não parecem carecer mais as dúvidas inicialmente propostas. Os princípios gerais podem justificar normas intrinsecamente ambíguas. Através deles, aplica-se a hermenêutica constitucional e é possível assumir o ônus argumentativo de justificação da norma²⁴⁰.

Através dos princípios constitucionais o direito privado, se aproximou do direito público, e foi possível, então, encurtar o *abismo* que outrora os separou. O sistema de cláusulas abertas proposto pelo Código Civil permitiu a interlocução com os princípios constitucionais de maneira a promover uma releitura do próprio direito civil.

Dotados de força jurídica, os princípios constitucionais permitiram o esfacelamento da assimetria entre o homem proprietário e a pessoa. A criação do sujeito abstrato, a pessoa natural, como sujeito de direitos, fez emergir ao sistema jurídico a pessoa como um fim em si mesma. Neste sentido, Ana Carolina Brochado propõe que “a inserção do princípio da dignidade no primeiro artigo da constituição significa um marco relevante, principalmente quando contrastado com o ordenamento brasileiro que antecedeu, que fora criado para um Estado ditatório e patrimonialista”²⁴¹.

Mas o que seria a dignidade da pessoa humana enquanto princípio?

²³⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.. p. 92.

²³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. *A utilidade dos princípios na aplicação do direito*. Editorial. In: *Civilística.com*. Revista eletrônica de direito civil. Ano 2. N. 1, 2013. P. 2. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/01/Editorialciv.-a2.n1.2013.pdf>

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: renovar, 2010. P. 114-115.

Como princípio, a dignidade da pessoa humana entra no ordenamento jurídico brasileiro com a Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 1º, inciso III²⁴² de maneira a fundamentar o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes pondera que “o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico Kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes”²⁴³.

Para esta autora, a dignidade vista sob o ponto de vista principiológico tem como colorários outros princípios, considerados subprincípios, uma vez que apenas estes poderiam sofrer ponderação em favor do conceito de dignidade humana. Assim, são colorários do princípio da dignidade da pessoa humana os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade²⁴⁴. Nesta instância, a proteção jurídica ocorre de maneira a permitir o pleno desenvolvimento do ser humano, considerando desumano “tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direito) à condição de objeto”²⁴⁵.

Estes subprincípios quando em conflito na existência de duas ou mais situações jurídicas subjetivas seriam então objeto de ponderação como propõe Maria Celina Bodin de Moraes.

²⁴² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

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: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. [g.n]

²⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.. P. 85.

²⁴⁴ *Ibid.* Sobre o tema, comenta autora que “*de fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir um o princípio que protege tal integridade, sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social*”. P.85. Não é possível falar em um sentido formal apenas do princípio da liberdade. Estamos diante do alargamento conceitual de modo a resguardar a igualdade perante a lei e o direito à diferença. Quanto à integridade psicofísica, estamos diante da revolução da biotecnologia e da constante ameaça de retorno dos horrores da guerra. Socorre aqui, proteção e regras para o desenvolvimento de pesquisas com seres humanos, para o uso de material genético humano, e assim por diante. A liberdade aqui será vista do ponto de vista do direito privado, quando se confunde com autonomia. Por fim a solidariedade, movimenta e garante o eu-social do humano.

²⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.. P. 85.

Esta decomposição serve, ainda, para demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas – cada uma amparada por desses princípios, logo princípios de igual importância hierárquica –, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do conceito de dignidade humana. Somente os corolários, ou sub-princípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo quando ocorre com justiça, vem à tona no caso concreto, quando é bem feita aquela ponderação²⁴⁶.

Enquanto princípio, a dignidade da pessoa humana permite a manutenção de um sistema jurídico integrado, no sentido de que aproxima o direito público do direito privado e promove a interação interpretativa, ou seja, aplica-se ao caso em concreto com força jurídica de norma-princípio, possibilitando solucionar tanto a vagueza quanto as ambiguidades intrínsecas das normas.

Neste sentido, propõe Barroso que

a dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais²⁴⁷.

Assim, este autor ensina que a dignidade é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional²⁴⁸ e, por isto, alerta que

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos. Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante extração de uma regra concreta de seu enunciado abstrato, mas também mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia²⁴⁹.

²⁴⁶ *Ibid*

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. P.10. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf capturado em 03/12/2012 às 22:00

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. P.11. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf capturado em 03/12/2012 às 22:00

²⁴⁹ *ibid*

Barroso entende que

a eficácia interpretativa dos princípios constitucionais significa que os valores e fins neles abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. A dignidade, assim, será critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação²⁵⁰.

Contudo, não se pode conceber apenas proteção à dignidade em sede judicial, diante do caso em concreto. O valor que se protege, diante da cláusula geral é “personalidade humana sem limitações de qualquer gênero, ressalvadas aquelas postas no interesse de outras pessoas, dotadas de igual dignidade”²⁵¹.

Assim, a proteção é a todo ser humano. Tem-se a tutela da personalidade em situações jurídicas não patrimoniais, de modo a possibilitar - não apenas reparação a danos materiais como outrora determinou a história do direito civil - mas a garantir a reparação de danos causados à personalidade humana, em situações jurídicas existenciais. Trata-se de reparação por ofensas, por danos morais²⁵².

Na lição de Barroso, no constitucionalismo brasileiro a dignidade deve ser mencionada, em sede hermenêutica, para sanar lacuna normativa, colisão de normas constitucionais com direitos fundamentais e como elemento argumentativo da construção justa, referindo-se aos casos difíceis²⁵³. Aí encontra-se a utilização correta da dignidade enquanto princípio, sem cair na *tentação* de afirmá-la como um conceito tão aberto que proporcionaria sua utilização como “véu” para encobrir interesses diversos.

Assim, o princípio se vincula à regra de hermenêutica e a cláusula geral à pessoa, como valor moral de todas elas, como imperativo Kantiano, como afirma Maria Celina Bodin de Moraes

De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*Preis*) e a dignidade (*Wurden*). Enquanto o preço representa um valor

²⁵⁰ *Idem*. p. 13

²⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.. P. 115.

²⁵² *Idem*. P. 177.

²⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. P.31/32. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf capturado em 03/12/2012 às 22:00

exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral encontra-se infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente²⁵⁴.

Esclareça-se que não se trata de pensar a dignidade em uma bipartição. Muito pelo contrário. Só há sentido em sua unidade. Todavia, o princípio concretiza a cláusula geral e permite *uma certa relativização* quando utilizada como regra de hermenêutica, de maneira a possibilitar a justificação da aplicação de determinada regra e, assim, sustentar o ônus da argumentação²⁵⁵.

A tentativa de encontrar um conceito estático para dignidade da pessoa humana mantém-se frustrada em razão da vagueza do termo. Sustenta-se a determinação de algumas características que, uma vez aproximadas do ser humano, trazem a noção de dignidade. Neste sentido, está a dimensão material da dignidade abarcando dignidade enquanto virtude²⁵⁶, autonomia e heteronomia. Assim, propõe Maria Celina Bodin de Moraes que

O substrato da dignidade desse modo entendia pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência de outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito a integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado²⁵⁷.

²⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.. P. 85. Pode visualizar a dignidade enquanto virtude no item i. Esta citação faz também menção ao princípio da igualdade (i) e a integridade psicofísica (ii), princípios colorários da dignidade. A dignidade enquanto autonomia é proposta no item iii e a heretonomia apresentada no item iv em conformidade com o princípio da solidariedade.

²⁵⁵ Reiteradas vezes Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino tem advertido sobre a má utilização pelo judiciário dos fundamentos da dignidade da pessoa humana. Tragicamente, ao analisarmos decisões em nossos tribunais encontraremos o desvirtuamento da hermenêutica jurídica justificado pela dignidade da pessoa humana. Como cláusula geral, pertence a todos os seres humanos, como princípio, deve ser estudado para ser empregado em decisões judiciais a singularizá-la ao caso em concreto. Há que se ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana admite subsunção à norma, mas não autoriza a criação de normas outras para o caso em concreto.

²⁵⁶ Segundo Letícia de Campos Velho Martel, a dimensão material da dignidade está muito ligada às condições do mínimo existencial e a virtude a um ideal de comportamento bom conforme a cultura de cada sociedade. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P. 1651/153. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5

²⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.. P. 185.

Esta noção permite iniciar o estudo da dignidade enquanto autonomia e heteronomia, de maneira a possibilitar um pensar sobre os menores relativamente e absolutamente incapazes e a repercussão, no mundo jurídico, de sua tomada de decisão em situações jurídicas existenciais.

3.3

Dignidade como autonomia

A ideia de dignidade como autonomia, inevitavelmente, se liga à noção de liberdade individual. O núcleo central deste conceito está na possibilidade de o ser humano praticar atos de acordo com a sua livre escolha. Neste sentido, embora haja condicionamentos às ações humanas, de uma maneira geral, a liberdade está na perspectiva de escolha do sujeito²⁵⁸. Assim, propõe Maria Celina Bodin de Moraes que

Temos, com efeito, plena consciência de que todos sofremos numerosos condicionamentos, das mais diversas ordens: psicológicos, culturais, religiosos e até mesmo biológicos e genéticos. Tais condicionamentos influenciam (ou perturbam), às vezes de modo imperioso, nossa vontade e nossas escolhas individuais. A liberdade, portanto, pressupõe como seu elemento central, a possibilidade de uma escolha²⁵⁹.

Se, por lado, a concepção de dignidade como autonomia se fixou a noção de liberdade, a história do direito brasileiro leva-nos à prospecção da liberdade como expressão da autonomia privada. Rose de Melo Vencelau entende ser necessário distinguir a noção de autonomia da vontade de autonomia privada. Com a finalidade de se determinar os caminhos que este estudo seguirá, trabalharemos com os conceitos expostos pela autora. Neste sentido, a autora entende que a autonomia da vontade diz respeito à vontade subjetiva, psicológica. De outra sorte, relata que a autonomia privada é o poder reconhecido pelo ordenamento jurídico a uma pessoa, de criar, modificar ou extinguir situações

²⁵⁸ *Idem.* P. 185.

²⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.. P. 186.

jurídicas²⁶⁰. Segundo a autora, a “autonomia privada é a expressão da liberdade jurídica”²⁶¹ que “se realiza por intermédio do negócio jurídico”²⁶².

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes adverte que as primeiras noções de autonomia privada serviam para designar relações patrimoniais. Daí surge o cuidado em demonstrar a opção conceitual proposta por este estudo, a fim de delimitar o objeto de análise. Sobre o viés patrimonialista do conceito, Rose de Melo Vencelau explica que

A análise do conceito de autonomia privada e de sua história o coloca intrinsecamente ligado ao conceito de propriedade. Isto ocorre porque, num primeiro momento a autonomia privada tinha a única função de ser instrumento de transmissão de bens. A propriedade e o contrato eram pilares da concepção de um direito privado pautado unicamente no poder da vontade do indivíduo; especialmente a propriedade, tanto na sistemática dos códigos oitocentistas, o contrato era regulamentado exclusivamente como modo de aquisição da propriedade²⁶³,

Vários fatores colaboraram para mudança de percepção do conceito de autonomia privada e esses fatores têm uma forte carga histórica. A doutrina moderna relata a construção do princípio na seara contratual, no Código Civil de 1916. Também envolve a análise da evolução do direito civil constitucional e das bases que aproximaram o direito público do direito privado na passagem do Estado liberal para o Estado Social. O paradigma se funde na Constituição Cidadã com o preceito positivado de proteção à dignidade da pessoa humana que possui princípios colorários, já narrados, como a liberdade, a integridade psicofísica e a solidariedade²⁶⁴.

Segundo Rose de Melo Vencelau, a passagem histórica conduziu à aproximação do conceito técnico à base de valor do princípio. Assim, “a autonomia privada se funde com sua base valorativa. Com efeito, a autonomia privada não é mais concebida como um valor em si mesmo e postula um positivo

²⁶⁰ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 68.

²⁶¹ *Idem*. P. 69.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Idem*. P. 80.

²⁶⁴ Neste sentido estão Rose de Melo Vencelau, Maria Celina Bodin de Moraes, Ana Carolina Brochado.

juízo de merecimento por meio da observância de outros princípios também fundamentais, especialmente a tutela da dignidade da pessoa humana”²⁶⁵.

No sentido a que se propõe este trabalho, os atos e autonomia privada patrimonial ou existencial só produzem efeitos se “conduzidos ao pleno desenvolvimento da pessoa”²⁶⁶. Todavia, Maria Celina Bodin de Moraes considera que no que tange às situações jurídicas existenciais, as ações humanas são protegidas de maneira mais intensa pela ordem constitucional²⁶⁷. Há, assim, um conteúdo de liberdade individual para decisões de cunho pessoal, uma possibilidade de escolha, resguardada ao próprio indivíduo²⁶⁸.

Contudo, a possibilidade de escolha requer do ser humano o atributo da capacidade jurídica. Neste sentido, a linha que separa o sujeito capaz do sujeito incapaz seria, justamente, a capacidade de discernimento.

Tom L. Beauchamp e James F. Childress explicam que

o indivíduo autônomo age livremente de acordo com plano escolhido por ele mesmo, da mesma forma como um governo independente administra seu território por ele mesmo e define suas políticas. Uma pessoa com a autonomia reduzida, em contrapartida, é, ao menos em algum aspecto, controlada por outros, incapaz de deliberar ou agir com base em seus próprios desejos e planos²⁶⁹.

Maria Celina Bodin de Moraes explica que “quem tem discernimento é considerado plenamente capaz; quem o tem reduzido é tido por relativamente incapaz; e aquele que não o tem é declarado absolutamente incapaz”²⁷⁰.

No direito brasileiro o ser humano adquire personalidade jurídica com o nascimento com vida de modo que todo ser humano tem personalidade jurídica, mas nem todo ser humano tem capacidade, embora a regra seja que o ser humano é capaz, tornando assim a incapacidade do mesmo como uma exceção.

Trata-se, então, de examinar a autonomia privada para verificar a possibilidade de seu exercício em situações jurídicas existenciais com vistas a

²⁶⁵ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 85.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 190.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P. 138.

²⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 191.

possibilitar a tomada de decisão daqueles que são considerados incapazes ou relativamente incapazes em razão da idade (artigos 3º, I e artigo 4º, I do Código Civil Brasileiro).

Apesar de Beauchamp e Childress entenderem que “o respeito à autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignorem, insultam ou degradam a autonomia dos outros e, portanto, negam a igualdade mínima entre as pessoas”²⁷¹; muito embora considerem que “violam a autonomia de uma pessoa é tratá-la meramente como meio, de acordo com os objetivos de outros, sem levar em conta os objetivos da própria pessoa”²⁷² entendem que o princípio da autonomia privada não pode ser aplicado às pessoas que não podem agir de forma suficientemente autônomas, como é o caso das crianças, por exemplo²⁷³.

De outra sorte, está o posicionamento de Rose de Melo Vencelau para quem a discussão sobre a capacidade civil se presta, se vista de maneira diferente em situações de cunho patrimonial e existencial. Isto porque as situações subjetivas existenciais dizem respeito à própria pessoa, é personalíssima, o que se torna incompatível com seu exercício mediante assistência ou representação²⁷⁴.

Todavia, Maria Celina Bodin de Moraes lembra que o estudo da capacidade, traz como consequência a imputação de responsabilidade²⁷⁵ ou seja, “a possibilidade de ser considerado, pelo direito, como autor dos seus próprios atos, devendo em consequência, por eles responder”²⁷⁶. Desta maneira, a responsabilidade civil funciona como mecanismo suficiente para garantir a reparação de lesões que alcancem os direitos de personalidade configurando ato atentatório à dignidade da pessoa humana.

Assim, as pessoas capazes são consideradas autônomas e podem agir conforme seus valores e desejos. As pessoas consideradas relativamente incapazes padecem de diminuição em seu discernimento, sendo necessária a assistência de

²⁷¹ BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P. 143.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Idem*. P.145. Neste ponto os autores entendem que há uma gama de pessoas sujo o princípio não seria plicado por serem “imaturas, inaptas, ignorantes, coagidas ou exploradas”. Neste rol estariam as crianças, indivíduos irracionalmente suicidas e dependentes de drogas.

²⁷⁴ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 126/127.

²⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 193.

²⁷⁶ *Idem*. P. 192.

terceiros para a realização de atos na vida civil. Mas aos absolutamente incapazes, nenhum ato lhes é permitido realizar na vida civil, por não terem qualquer capacidade de discernimento. Sendo assim, só terão validade aqueles atos praticados por seus representantes legais. Nas acepções patrimoniais pode-se fazer a defesa do instituto de sorte a garantir a cláusula geral da dignidade da pessoa humana traduzida na expressão *mínimo existencial*²⁷⁷. Mas a dimensão existencial, diz respeito à tomada de decisão, a escolhas no campo da vida privada do ser humano, no campo do direito ao próprio corpo, por exemplo. Neste sentido, coloca Daniel Sarmento que

De fato, negar o homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo deve continuar sua vida privada, é frustrar sua possibilidade de realização existencial. Todos possuem o inalienável direito de serem tratados como pessoas, e o tratamento como pessoa exige o reconhecimento da autonomia moral do agente, da sua ontológica liberdade existencial²⁷⁸.

Segundo Letícia de Campos Velho Martel, há quatro elementos relevantes na análise da dignidade como autonomia. São eles: “(a) a capacidade de autodeterminação; (b) as condições e as circunstâncias para florescimento da capacidade de autodeterminação; (c) a universalidade; (d) a inerência da dignidade ao ser humano”²⁷⁹.

Quanto ao primeiro elemento, a autora coloca a capacidade de autodeterminação da pessoa com vistas ao desenvolvimento de sua personalidade²⁸⁰. Ao segundo elemento, propõe a autora que

a dignidade como autonomia não se limita apenas ao respeito pela habilidade humana de empreender escolhas, mas abrange as condições para que tal habilidade possa desenvolver-se em plenitude. Grosso modo, o que antes foi

²⁷⁷ Letícia de Campos Velho Martel traz a ideia de mínimo existencial ligada à condições de alimentação, vestuário, trabalho, saúde, moradia entre outros, cuja construção de patrimônio, valor econômico, seria fundamental às condições mínimas para a existência do ser humano com dignidade. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P. 151.. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 155.

²⁷⁹ *Idem*. P.155.

²⁸⁰ *Ibid.*

denominado aspecto material da dignidade esta embutido no conceito de dignidade como autonomia²⁸¹.

Quanto à universalidade, terceiro elemento, preceitua a existência da dignidade como fundamento do estado Democrático de Direito, “como fundamento e justificação dos direitos fundamentais e direitos humanos”²⁸² concedida a todos os seres humanos independente da cultura, cor, sexo, ou raça²⁸³, o que de fato, abrange o quarto elemento.

Contudo, Daniel Sarmento pondera que a autonomia privada não é absoluta. Segundo o autor, ela pode sofrer limitações por parte do Estado, afim de conciliar os direitos de outras pessoas, com igual quota de liberdade²⁸⁴.

Portanto, é inevitável que o estado intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma “lei geral da liberdade”, como diria Kant, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda a sociedade²⁸⁵.

Segundo Beuchamp e Chlidress, “praticamente todas as doutrinas da autonomia consideram duas condições essenciais: 1) a liberdade (independência de influências controladoras) e 2) a qualidade de agente (capacidade de agir intencionalmente)”²⁸⁶. Aqui, faz-se necessário explicar as intenções dos autores. A primeira propositura é entender que todo ser humano sofre algum tipo de influência do ambiente no qual está inserido, o que, traz a afirmação dos autores de que “para que uma ação seja autônoma, exigiremos apenas um grau substancial de entendimento e de liberdade de alguma coerção, e não um entendimento pleno ou uma completa ausência de influência”²⁸⁷.

²⁸¹ *Ibid.* A autora faz aqui menção à noção de mínimo existencial.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Letícia de Campos velho Martel traz a ideia de mínimo existencial ligada à condições de alimentação, vestuário, trabalho, saúde, moradia entre outros, cuja construção de patrimônio, valor econômico, seria fundamental às condições mínimas para a existência do ser humano com dignidade. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P. 155... Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5

²⁸⁴ SAREMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 155.

²⁸⁵ SAREMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 155.

²⁸⁶ BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P. 138.

²⁸⁷ *Idem*. P. 141.

Assim, é preciso pensar na capacidade dos menores para tomada de decisão em relação a situações jurídicas subjetivas existenciais, sobretudo no que diz respeito à disposição do próprio corpo em questões médicas. Rose de Melo Vencelau defende a possibilidade de atuação destes menores enquanto agentes do consentimento em situações existenciais. A autora revela uma gama de legislações no ordenamento jurídico brasileiro que eleva a criança e o adolescente à categoria de sujeitos de direito possibilitando que sua opinião seja levada em consideração quando não se torna marco referencial para um *decisium*²⁸⁸.

A criação de critérios que possam auxiliar o aplicador do direito em casos nebulosos se faz necessário, senão urgente, ante as inovações da biotecnologia. Neste sentido, o consentimento informado tem-se apresentado como um importante movimento na criação destes critérios.

Marcos significativo desta pesquisa, Beauchamp e Childress²⁸⁹ propõem explicar que a tomada de decisão em situações jurídicas existenciais é, de fato, diferente da tomada de decisão em situações jurídicas patrimoniais. Isto porque, segundo Beauchamp e Childress, é relevante pensar em exemplos como o de “alguns pacientes em instituições psiquiátricas que não são capazes de cuidar de si mesmos e que foram declarados legalmente inaptos ainda podem ser capazes de fazer escolhas autônomas tais como definir preferências alimentares, recusar algumas medicações e telefonar para familiares e amigos”²⁹⁰. Para estes autores, critérios apropriados para determinação da autonomia privada devem ser pensados em contextos particulares e não por uma teoria geral²⁹¹. No mesmo sentido, está Rose de Melo Vencelau ao mencionar o pensamento de Stanzione.

Se trata, com senso de equilíbrio e com decisão a ser definida em cada caso concreto, de ora atribuir prevalência à autodeterminação do menor e, por conseguinte, aos princípios constitucionais de tutela da dignidade e do pleno desenvolvimento da pessoa, quando assim reclama o interesse subjetivamente e objetivamente valorado pelo menor dotado de discernimento, ora de conceder

²⁸⁸ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 132..

²⁸⁹ Beauchamp e Childress discutem a questão no livro *Princípios de ética biomédica*. Maria Celina Bodin de Moraes aborda a questão na obra *Na medida da pessoa humana*

²⁹⁰ BEAUCHAMP, L; TOM; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P. 141.

²⁹¹ *Ibid.*

preeminência aos poderes-deveres dos genitores, se o interesse reclamado exigir também limitação da situação jurídica do menor²⁹².

Rodotá, Rose de Melo Vancelau e Ronald Dworkin revelam o mesmo pensar²⁹³. Ao trabalharem com a perspectiva dos negócios jurídicos existenciais, marcam o momento da determinação da capacidade como sendo aquele referente à tomada de decisão. Assim, se eventualmente, a pessoa vier a perder esta capacidade por enfermidade ou coma, por exemplo, defende-se a autonomia prospectiva em respeito à dignidade daquele que se determinava no momento da manifestação de vontade²⁹⁴. Para Rose de Melo, não há exigência de forma determinada para expressão da autonomia²⁹⁵ e é “facilitadora da disposição existencial voltada ao livre desenvolvimento da pessoa”²⁹⁶.

Para Rodotá, o consentimento informado é necessário para evitar distorções e em eventuais ações indenizatórias, seria relevante se traduzisse em vício do próprio consentimento²⁹⁷.

Marco sobre a discussão da tomada de decisão por crianças e adolescentes, Rodotá se pergunta se o direito, a regra jurídica, pode invadir o mundo vital do ser humano e decidir que nada pode ser estranho à sociedade²⁹⁸. Neste sentido, este autor defende um espaço de não direito²⁹⁹, naquilo que Maria Celina Bodin de

²⁹² STANZIONE, Pasquale *apud* MEIRELES, Rose de Melo Vancelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 130.

²⁹³ Rodotá analisa a temática em dois importantes escritos: *Autodeterminação e laicidade* e em seu livro *La vida y las reglas*. Rose de Melo Vancelau faz estas proposições em sua obra *Autonomia privada e Dignidade Humana*. Por fim Ronald Dworkin faz sua contribuição no livro *O domínio da vida*.

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009. P. 315.

²⁹⁵ MEIRELES, Rose de Melo Vancelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 141. De acordo com o artigo 107 do Código Civil, a autora explica que os atos *inter vivos* seguem a forma livre, salvo quando a lei exige forma especial.

²⁹⁶ *Idem*. P. 141/142. Referência ao ECA – Estatuto da criança e do adolescente – e a Constituição cidadã, artigos 5º e 227, caput. Artigo 16, 45, parágrafo 2º, todos do Eca, art. 1612, caput do Código Civil. A autora menciona a incoerência legislativa que permite a tomada de decisão dos menores no que tange a escolha religiosa, a profissão, a relevância do seu consentimento no direito de visita, etc.

²⁹⁷ STEFANO, Rodotá. *Autodeterminação e laicidade*. Traduzido por Carlos Nelson Konder. Originalmente publicado em *Perché laico*, 2. ed. Bari: Laterza, 2010. P.5. Sobre o consentimento informado ver item 5.2.3 no capítulo 2.

²⁹⁸ RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas. Entre El derecho y el no derecho*. Madrid: Editora Trotta, 2010. P. 25. Tradução livre.

²⁹⁹ *Op.cit*

Moares entendeu ser um “*espaço vazio* que a lei tem que garantir, justamente para que possa a vir a ser preenchido individualmente”[g.n]³⁰⁰.

A partir destas considerações, apresentar-se-á a dignidade da pessoa humana como heteronomia para compreender as proposições de Rodotá e tecer o emaranhado de considerações que conduzam à formação de critérios a possibilitar a argumentação sobre a tomada de decisão em crianças e adolescentes.

3.4

Dignidade como heteronomia

A dignidade humana, vista como heteronomia, ultrapassa a liberdade individual e alcança a coletividade em um sentido solidarista. De acordo com Letícia Martel

De modo geral, a dignidade como heteronomia significa uma visão compartilhada da dignidade que ultrapassa o indivíduo e não é dirigida pela escolha individual. Sob este ângulo, a dignidade é associada a elementos externos aos indivíduos, como valores compartilhados por uma comunidade ou grupo, a ordem pública, ao interesse público, a moral pública, dentre outros³⁰¹.

Letícia Martel, Deryck Beyleveld e Roger Brownsword marcam a diferença entre a dignidade vista sob o ponto de vista da autonomia e a dignidade enquanto heteronomia propondo que a primeira se liga a direitos e a segunda a deveres³⁰². Isto porque, vista sob o ângulo da autonomia, a dignidade é um espaço de ação do ser humano para o livre desenvolvimento de sua personalidade. Sob este ângulo Constituição da República cria um rol de direitos fundamentais da personalidade e disponibiliza mecanismos jurídicos para protegê-la. De outra sorte, a dignidade, vista sob a ótica heteronomica, impõe a todos o dever de

³⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 190/191.

³⁰¹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P.172. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5

³⁰² BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger *apud* MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P.172. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5

respeitar a ordem pública, os bons costumes. Neste sentido, Leticia Martel entende que

De modo resumido, pode-se dizer que os objetivos que amparam o conceito de dignidade como heteronomia são similares aos do paternalismo, aos do moralismo jurídico e aos do perfeccionismo, embora o ponto mais intrigante da dignidade como heteronomia seja o que Gerald Dworkin intitulou de moralismo jurídico paternalista³⁰³.

Hannah Arendt propôs uma visão interacionista do ser humano para determinar sua condição de existência. Ao mesmo tempo em que o homem modifica o objeto é por ele modificado³⁰⁴. No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes percebe este viés da existência humana e propõe uma visão de dignidade sob o colorário do princípio da solidariedade. O valor humano não é apenas visto no sentido de liberdade individual, mas atinge o ser social do humano.

E porque sua relação com os semelhantes passou a ser avaliada como *constitutiva* de sua existência, uma condição *fundadora*, não pôde ele mais ser estimado, como havia feito o pensamento liberal-individualista, como uma pequena “totalidade”, uma micro-célula autônoma, auto-suficiente e auto-subsistente³⁰⁵.

Beaucamp e Childress entendem que a visão da autonomia privada sugere dois lados, ou seja, a pessoa individualizada e o outro ser que com ela se relaciona. Isto implica a afirmação de que a dignidade como autonomia privada só alcança plenitude no ideal de solidariedade, impondo limite à intervenção pessoal que cause lesão à sociedade³⁰⁶. Assim, explicam os autores que “o respeito à autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros e, portanto, negam a igualdade

³⁰³ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P.174. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5

³⁰⁴ Proposição descrita no item 3.1 deste trabalho.

³⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf> capturado em 20/06/2013.

³⁰⁶ BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P. 143/144. “Exemplos típicos são os seguintes: se nossas escolhas ameaçam a saúde pública, potencialmente prejudicam inocentes ou requerem um recurso escasso para o qual não há fundos disponíveis, as outras pessoas podem, justificadamente, restringir o exercício da nossa autonomia.

mínima entre as pessoas”³⁰⁷. Os autores entendem, assim, que as pessoas podem se desenvolver segundo suas convicções pessoais, desde que não interfiram na análoga expressão da vontade dos outros³⁰⁸.

Há nestas proposições uma máxima que deve ser ressaltada: *o eu e o tu*. Isto significa que o respeito à minha autonomia implica o respeito à sua autonomia e ao eu social do humano, ou seja à coletividade. Assim, ensina Dworkin que

as pessoas têm o direito de não ser vítimas da *indignidade*, de não ser tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito. Toda a sociedade civilista tem padrões e convenções que definem essas indignidades, que diferem conforme o lugar e à época em que se manifestam³⁰⁹.

Os ideais solidaristas foram positivados na Constituição cidadã, no artigo 3º, incisos I e III³¹⁰ constituindo-os como objetivos da República Federativa do Brasil³¹¹.

Um caso clássico da aplicação da dignidade como heteronomia, bastante citado pela doutrina pátria, é a decisão Francesa sobre o *arremesso de anões*. Tratou-se de um tipo de jogo. Assim, narra Maria Celina Bodin de Moraes

um indivíduo de pequena estatura – um anão – era lançado como um projétil pelos participantes, divididos em duas equipes, sendo a vencedora aquela que mais distante conseguisse lançá-lo (*lancer le nain*). O trabalho do anão, que o colocava na posição de objeto do divertimento dos frequentadores da casa, era

³⁰⁷ BEAUCHAMP, L.; TOM; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P. 143.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009. P. 334.

³¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm
Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...].

³¹¹ Maria Celina Bodin de Moraes cataloga alguns casos em que o princípio foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. “*Outro exemplo da preocupação expressa do Supremo Tribunal Federal com a solidariedade social situa-se no âmbito dos seguros obrigatórios e danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres. Ao confirmara constitucionalidade da determinação o pagamento, por um consórcio das seguradoras que operavam naquele ramo, de indenização nos casos de pessoas vítima das por veículos não identificados, com seguradora não identificada e seguro não realizado ou vencido, a Corte aduziu que a Constituição dá especial ênfase, dentre seus valores fundamentais, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92, origem da previsão com batida.*” MORAES, Maria Celina de. *O princípio da solidariedade*.

regulado mediante contrato, o qual previa sua remuneração suficiente para sua sobrevivência digna³¹².

O jogo era praticado em algumas casas noturnas na França até que o prefeito de *Morsang-sur-Orge* interditou o espetáculo sob o argumento de que violação da ordem pública afeta à dignidade da pessoa humana. O caso foi objeto de discussão no tribunal administrativo de Versalles envolvendo de um lado o anão litisconsorciado da empresa e de outro o poder público. O primeiro invocou a autonomia privada para o exercício de seu trabalho, como entretenimento para os freqüentadores da casa noturna que lhe garantia um salário a lhe proporcionar uma vida digna.

O segundo clamava pela tutela da dignidade da pessoa humana solidarista, na proteção da ordem pública. O anão alcançou tutela em sua pretensão em primeira instância, mas em grau de recurso o conselho entendeu por proteger a dignidade humana em sentido coletivo para manter a ordem pública³¹³. Eis um caso claro da aplicação da dignidade humana enquanto heteronomia. Assim, ao finalizar o estudo deste caso em sua tese de doutorado, Leticia Martel entende que “o que se nota, de pronto, é que a dignidade não foi entendida como a possibilidade de livre escolha do indivíduo, mas como conceito que encampa o respeito à ordem publica e é capaz de limitar liberdades.”³¹⁴,

Todavia, Rodotá propõe que o direito é antes de tudo uma linguagem e se pergunta se esta linguagem tem sido capaz de abarcar a complexidade social e sua riqueza³¹⁵. O autor concorda com o espaço que distancia a dignidade enquanto autonomia privada e a dignidade enquanto heteronomia³¹⁶, mas teme que disto resultem agressões contra o próprio homem. Assim, visualiza um afastamento do direito para a criação de áreas em que o direito nunca deve penetrar³¹⁷.

³¹² MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de Direito Civil Constitucional. Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 109.

³¹³ *Idem*. P.110.

³¹⁴ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P.175. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5

³¹⁵ RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas. Entre El derecho y el no derecho*. Madrid: Editora Trotta, 2010. P. 33. Tradução livre.

³¹⁶ *Idem* P. 35.

³¹⁷ *Idem*. P. 36.

Eis a proposição entre o do direito e o não direito. Esta análise será retomada mais a diante na construção dos argumentos para a tomada de decisão em crianças e adolescentes.

3.5

Dignidade e a tomada de decisão em crianças e adolescentes

- *“Eu quero processar meus pais pelos direitos ao meu corpo.*
- *Pode repetir, por favor?*
- *Minha irmã tem leucemia e eles querem me forçar a doar partes do meu corpo a ela.*
- *Você tem que doar um rim a ela?*
- *Ela tem falência renal há alguns meses.*
- *Eles não podem forçar você a doar se não quiser, podem?*
- *Mas eles acham que sim. Eu sou menor. Eles são meus guardiões legais.*
- *Eles não podem fazer isto.*
- *É o que eu quero que você diga para eles, porque eles fizeram isto a minha vida toda. Eu nem estaria viva se a Kate não fosse doente. Eu sou um bebê projetado. Fui feita para fornecer partes de reposição para Kate.*
- *Cê tá brincando, né?”*³¹⁸

O texto acima é um recorte do diálogo estabelecido entre Anna Fitzgerald (Abigail Breslin), onze anos de idade, e o advogado Campbell (Alec Baldwin), nas primeiras cenas do filme *“Uma prova de amor”*. Anna é uma criança esperta e ativa. Foi projetada em proveta para garantir que nascesse com fatores genéticos compatíveis com a irmã Kate, diagnosticada, ainda muito pequena, com leucemia. Aparentemente cansada das diversas intervenções médicas, muitas delas bastante

³¹⁸ Recorte do dialogo estabelecido entre Anna Fitzgerald (Abigail Breslin), 11 anos de idade, e o advogado Campbell (Alec Baldwin), nas primeiras cenas do filme *“Uma prova de amor”*. Lançado em 2009 nos Estados Unidos, o filme tem o nome original *“My sister’s keeper”* e foi dirigido por Nick Cassavetes. O elenco conta ainda com a participação de Cameron Diaz, como mãe de Anna e Kate. Dados extraídos do site <http://www.guiadasemana.com.br/cinema/filmes/sinopse/uma-prova-de-amor> capturado em 20/06/2013 às 23:40

invasivas, Anna não quer mais ajudar a irmã. Aos onze anos de idade, Anna narra ao advogado às consequências de seu ato e parece confiante em sua decisão.

Muito embora o desfecho do filme revele outra face deste discurso, poderia Anna, no sistema jurídico brasileiro, negar-se a doar seu rim a Kate, sua irmã? E ainda, Kate Fitzgerald, aos 14 anos, poderia recusar-se a seguir com o tratamento para leucemia? Kate poderia recusar-se a fazer o transplante de rins?

A normatização brasileira sobre a infância e a adolescência garante aos menores a mesma proteção dada aos maiores no que se refere à dignidade. Voltada ao ser humano, o princípio e a cláusula geral da dignidade norteiam as relações que envolvem os menores e proporcionam a expansão do conceito à noção de melhor interesse do menor. Neste sentido, os melhores interesses estão ligados à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90) “considera criança, a pessoa até 12 anos de idade, incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade”³¹⁹.

O mesmo estatuto determina que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”³²⁰ e estabeleceu o rol destes direitos fundamentais nos artigos 7 a 24. Entre eles estão o direito à vida e à saúde, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária³²¹.

Em relação à liberdade, determina o ECA que este direito compreende aspectos como a liberdade de ir e vir, a liberdade de expressão e opinião, de crença e culto religioso, a liberdade de brincar e divertir-se, de participar da vida familiar, comunitária e política³²². No mesmo sentido, o legislador tomou a cautela de explicitar o que se deve entender por respeito à criança e ao adolescente deixando claro no texto do artigo 17 que “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente,

³¹⁹ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei 8.069/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm capturado em 22/10/2013 às 22:00..

³²⁰ *Ibid.* Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

³²¹ *Idem.* Artigos 7 à 24.

³²² ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei 8.069/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm capturado em 22/10/2013 às 22:00. Artigo 16.

abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.³²³

Se de um lado o ECA determina que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente”³²⁴ aí entendida a proteção aos direitos fundamentais como à liberdade de expressão e de opinião e o respeito à autonomia, de outro o Código Civil restringiu a capacidade de agir em razão da idade nos artigos 3º e 4º³²⁵. Assim, a consolidação das determinações do ECA, quanto à liberdade e ao respeito, encontram guarida nas relações familiaritais e em algumas circunstâncias do direito sucessório, a exemplo da possibilidade do menor, aos 16 anos, redigir testamento sem assistência em razão da natureza personalíssima do ato de testar³²⁶. De outra sorte, não se pode afirmar sua aplicação em situações jurídicas existenciais quando envolvem a tomada de decisão em crianças e adolescentes.

A atuação do ser humano em situações jurídicas existenciais não foi tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro porque, de fato, a proteção jurídica sempre foi ao patrimônio do ser humano.

O ECA prevê a proteção e a garantia à dignidade e isto pode ser pensado sob o ponto de vista da autonomia privada, no exercício de situações que envolvem a tomada de decisão quanto à saúde e à vida privada pelo próprio menor. A ideia de autonomia, se liga ao pressuposto da autodeterminação e “valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais”³²⁷. Por outro lado, esta autonomia esbarra nas atribuições do poder familiar, embora não deva ser absorvido por ele. A dignidade positivada no ECA também precisa ser analisada sob a perspectiva da coletividade, em um viés solidarista porque as escolhas pessoais podem causar impactos sobre o corpo social, “e em certos casos,

³²³ *Idem*. Artigo 17.

³²⁴ *Idem*. Artigo 18.

³²⁵ Trata-se de incapacidade absoluta aos menores de 16 anos (artigo 3º, I CC) e incapacidade relativa para os maiores de 16 e menores de 18 anos (artigo 4º, I CC)

³²⁶ CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturada em 10/06/2013 às 22:30. Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

³²⁷ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: Dignidade e autonomia no final da vida*. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. Vol.38. P.235 a 274, 2010. Disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930>. P. 255.

sobre a humanidade como um todo³²⁸. Assim, há a necessidade de um pensar sobre a dignidade enquanto heteronomia.

Neste diapasão, a dignidade e a tomada de decisão em crianças e adolescentes, será enfrentada neste capítulo à luz do direito civil constitucional tendo como marco teórico a tese jurídica defendida por Stefano Rodotà.

Em virtude da proposta de abordagem deste capítulo, o último sub-ítem será dividido em dois subtítulos: o primeiro a abordar a teoria do menor maduro e o segundo, entrelaçando as teses jurídicas sobre o tema para então responder às indagações sobre Anna Fitzgerald e sua irmã Kate, propostas no início desta abordagem.

3.5.1

Teoria do *Menor Maduro*

De acordo com Reinaldo Santos Moraes, a teoria do *menor maduro* sustenta-se sobre as ideias propostas por Piaget e Kolberg³²⁹ na psicologia do desenvolvimento. Assim, estes autores propõem que o ser humano passa por fases de desenvolvimento que acompanham a maturação anatômica e dão a ela funcionalidade. Em cada fase proposta por estes autores, o homem alcança um estágio de autonomia, de maneira que haverá uma fase em que a compreensão da realidade se concretiza³³⁰.

Neste sentido, Gracia esclarece que o desenvolvimento moral parece ser alcançado por volta dos 16-18 anos. Isto explica a gradual convergência das leis para essas idades. Todavia, os estudos mais recentes em psicologia do desenvolvimento têm demonstrado que o desenvolvimento humano atinge a maturidade moral entre os 13-15 anos de idade, embora menores possam precisar de um pouco mais de tempo que outros para o alcance desta maturidade³³¹.

³²⁸ *Idem*. P. 256.

³²⁹ MORAES, Reinaldo de. *A teoria do “menor maduro” e o seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da questão brasileira*. Dissertação de Mestrado. Universidade federal da Bahia – UFBA. Faculdade de Direito, 2011. P. 179/180.

³³⁰ GRACIA Diego *at al*. *Toma de decisiones em El pacient menor de idade*. Medicina Clinica. vol 117. n. 5, 07 de julho de 2001. Disponível em <http://zl.elsevier.es/es/revista/medicina-clinica-2/toma-decisiones-paciente-menor-edad-13020572-bioetica-clinicos-2001#elsevierItemBibliografias> capturado em 16/01/2014 às 21:00

³³¹ *Idem* .P.180. O autor enfatiza a idade de 16 a 18 anos para destacar a idade de emancipação aos 16 anos.

Segundo este autor, tal observação tem sido fundamental para o desenvolvimento da teoria do menor maduro³³².

O termo *menor maduro* tem sido utilizado para designar aqueles menores que, embora não tenham, ainda, alcançado a capacidade de agir, reuniriam condições de maturidade suficiente para tomarem decisões relativas à sua vida íntima. Estas condições de maturidade são determinadas pelo grau de compreensão dos riscos e das consequências da decisão a ser tomada.

Segundo Moraes,

o desenvolvimento da teoria do “menor maduro” foi construído a partir do tratamento médico de menores e na relação entre médico e paciente, onde se passaram a considerar a opinião e a vontade do menor quanto ao tratamento médico a que seria submetido, sem a necessidade de autorização dos pais ou responsáveis³³³.

Segundo Gracia, a base teórica do conceito de menor maduro parte do princípio de que os direitos da personalidade podem ser exercidos por um indivíduo a partir do momento que é capaz de compreendê-los as consequências do seu exercício. Para o autor isto ocorre bem antes dos 18 anos³³⁴.

A teoria do “menor maduro” propõe que os menores que se mostrem em condições suficientes de amadurecimento podem dar seu consentimento para procedimentos médicos sem a intervenção do poder familiar ou de outro representante legal³³⁵.

A questão é então entender quais são os critérios para se considerar um *menor maduro* e ainda, o que se deve entender pelo termo *menor*. Neste último caso, utiliza-se as bases do ECA nomeando menor aqueles com idade inferior a 18

³³² *Ibid*

³³³ MORAES, Reinaldo de. *A teoria do “menor maduro” e o seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da questão brasileira*. Dissertação de Mestrado. Universidade federal da Bahia – UFBA. Faculdade de Direito, 2011. P. 173.

³³⁴ GRACIA Diego *et al.* *Toma de decisiones em El pacient menor de edad*. Medicina Clinica. vol 117. n. 5, 07 de julho de 2001. P. 181 Disponível em <http://zl.elsevier.es/es/revista/medicina-clinica-2/toma-decisiones-paciente-menor-edad-13020572-bioetica-clinicos-2001#elsevierItemBibliografias> capturado em 16/01/2014 às 21:00

³³⁵ *Ibid*. Reinaldo de Moraes faz uma ponderação que merece reflexão. Segundo este autor países com altos índices de pobreza e precariedade na educação encontram maiores dificuldades na aplicação da teoria do menor maduro, isto porque as influências externas prejudicariam o grau de discernimento do menor. Há nesta proposição referência aos índices de subnutrição, desnutrição e miséria de populações como a brasileira. Estes são os fatores externos referidos pelo autor. De fato, estes fatores prejudicam o desenvolvimento físico do ser humano e, por conseguinte podem gerar problemas intelectuais, motores, o que como visto no item 5.2.1 refletem na capacidade de tomada de decisão do ser humano e no sentido proposto, interferem na capacidade de amadurecimento do menor. *Op. Cit.* P. 173.

anos e por *menor maduro* compreendem-se, então, aqueles que embora não tenham alcançado maior idade legal, possuem discernimento suficiente para compreender e consentir sobre procedimentos que dizem respeito a sua saúde³³⁶.

Garcia explica que embora o termo *menor* seja uma referência àquele que a lei impõe restrições e proteções legais pertinentes; o termo *maduro* faz referência ao “menor ponderado, prudente, considerado totalmente desenvolvido, formado sob determinados aspectos, ou seja, uma pessoa madura”³³⁷.

O fundamento da teoria do “menor maduro” encontraria, então, alicerces na psicologia do desenvolvimento quando, ao estudar as fases de desenvolvimento de Piaget e Kolberg, apontam para o fato de que por volta dos 13 anos de idade as demandas externas de desenvolvimento diminuem em favor das demandas internas próprias da autonomia.

Moraes entende que o menor deve passar pela verificação do médico sobre seu amadurecimento para consentir e, a partir daí, receberá informações suficientes sobre as intervenções médicas que irá receber. Sendo capaz de compreender as causas e consequências, o termo de consentimento seria suficiente para resguardar a conduta médica com este menor³³⁸.

Entre a dignidade enquanto autonomia privada e a dignidade enquanto heteronomia, a teoria do “menor maduro” parece estar na contramão das proposições de Rodotá, isto porque a teoria parece sustentar a autonomia privada do menor, mas o substancial respeito ou não a ela fica a cargo da subjetividade da análise do médico. Nesta linha de raciocínio, há menores que podem não se enquadrar no conceito de *menor maduro* segundo a avaliação médica e retornarão a zona de proteção jurídica pela teoria da capacidade, seja ela relativa ou absoluta.

Neste contexto, está a advertência de Sala, para quem a valoração da maturidade do menor é de responsabilidade dos profissionais da saúde diante da

³³⁶ Letícia Martel ponderou em tese de doutorado que o termo *menor maduro* encontrou uma conotação negativa no direito brasileiro e que por isto tem-se adotado a terminologia *adolescente maduro* e pode ser adotada no Brasil uma vez que a constituição reconheceu que as crianças e adolescentes são titulares de direitos, inclusive de liberdade e dignidade. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5 P.229 Nota nº. 456.

³³⁷ *Idem*. P. 174.

³³⁸ MORAES, Reinaldo de. *A teoria do “menor maduro” e o seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da questão brasileira*. Dissertação de Mestrado. Universidade federal da Bahia – UFBA. Faculdade de Direito, 2011. P. 169.

cada caso em concreto e estes devem ponderar adequadamente os riscos e benefícios para o menor³³⁹.

A proposta de Sala tem pertinência neurocientífica, isto porque Mata *et al*, analisaram 36 artigos publicados entre 1º de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2009 indexados no Linlacs e no PubMed sobre o paradigma de avaliação de tomada de decisão utilizado em estudos com crianças e adolescentes de até 16 anos e verificaram que os estudos em neuropsicologia apontam para áreas de formação neuroanatomicas do ser humano, especificamente aquelas áreas cerebrais que envolvem a tomada de decisão. Neste sentido, há achados na literatura que mostram o desenvolvimento e funcionamento da circuitaria do córtex pré-frontal ventromedial/orbitofrontal como responsável, entre outras coisas, pela tomada de decisão³⁴⁰.

Mata *et al* aponta que achados recentes sobre o desenvolvimento cerebral mostram que “os circuitos pré-frontais estão entre as últimas estruturas cerebrais a amadurecer estruturalmente e funcionalmente”³⁴¹. Assim, os autores encontraram na revisão da literatura consistência na afirmação de que a maturação completa das habilidades de tomada de decisão só seja alcançada ao final da adolescência³⁴². Por outro lado, há estudos que mostram que por volta dos 13 anos de idade, há desenvolvimento neuropsicológico que permite a tomada de decisão consciente³⁴³.

³³⁹ SALA, Nuria Terribas I. *Aspectos legales de La atencion a menores de edad*. FMC, 2008; 15: (6), 367-373. Disponível em <http://www.fmc.es/es/aspectos-legales-atencion-los-menores/articulo/13124692/#.UuAmrvTtnI> capturado em 21/01/2014 às 16:00

³⁴⁰ MATA, Fernanda Gomes da et al. *Avaliação neuropsicológica do processo de tomada de decisões em crianças e adolescentes: uma revisão integrativa da literatura*. **Rev. psiquiatr. clín.**, São Paulo, v. 38, n. 3, 2011. P. 107. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101- O que a literatura em neuropsicologia designa como *circuitaria* é uma referência a complexidade de conexões que o córtex central é capaz de fazer com outras regiões cerebrais de maneira a permitir que o ser humano possa exercer um *papel na razão humana* com habilidades como as de memória, atenção, tomada de decisão, planejamento de ações, entre outros. (GIL, Roger. *Neuropsicologia*. 2ª ed. São Paulo: Santos, 2002. P.156)

³⁴¹ MATA, Fernanda Gomes da et al. *Avaliação neuropsicológica do processo de tomada de decisões em crianças e adolescentes: uma revisão integrativa da literatura*. **Rev. psiquiatr. clín.**, São Paulo, v. 38, n. 3, 2011. P. 108. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-

³⁴² *Idem*. P. 113. Por volta dos 18,19 anos.

³⁴³ *Ibid*. Espiridião - Antonio, ao estudar a neuropsicologia das emoções entende que “é possível propor uma “neuroanatomia” da tomada de decisão envolvendo o córtex pré-frontal - quiçá uma neurobiologia da autonomia? Recentes investigações têm corroborado essa hipótese. Neste contexto, o uso da razão seria iniciado medialmente pela atuação do córtex cingulado anterior (atenção executiva), o qual tem por função focalizar a atenção perceptual e cognitiva, modulando a atividade das áreas correspondentes. As regiões dorsolaterais do córtex pré-frontal

Estas pesquisas em neuropsicologia sustentam a reflexão feita por Sala no sentido de que o juízo de subjetividade do médico na determinação da maturidade do menor para a tomada de decisão consciente parece temerário sendo cauteloso o trabalho multidisciplinar com critérios objetivos de verificação da capacidade de discernimento do menor, respeitando o desenvolvimento neuronal do mesmo.

No Brasil, a legislação em vigor esboçou alguma proteção sobre a tomada de decisão do menor. Neste sentido, o artigo 45, §2º do ECA e o art. 12 da convenção sobre os direitos da criança (lei n.99.710/90), asseguram o respeito à opinião do menor sobre questões que envolvem sua vida privada. Em especial, esta última legislação traz a aplicação da teoria do menor maduro.

Artigo 12.

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança³⁴⁴.

A maior parte das legislações sobre a criança e o adolescente adotam o critério da idade para determinar a maturidade do menor e no Brasil não é diferente. Sobre este assunto, Rodotá vislumbra que a proposição da idade, determinante da capacidade de agir do sujeito, como uma conveniência do legislador³⁴⁵. O autor propõe que a construção da personalidade se inscreve em um espaço que encontra seu fundamento como modalidade de situação jurídica, um espaço de reconhecimento da subjetividade, instituída entre um direito e um não direito, como uma relação entre o cheio e o vazio de normas jurídicas, havendo ainda uma dimensão para o direito de arrepender-se³⁴⁶. Isto significa que em situações em que a tomada de decisão do menor puder ser reversível, haverá a possibilidade de arrepender-se e retomar ao estado anterior à decisão.

seriam responsáveis pela comparação das informações, novas e as antigas. O derradeiro ajuste – levando em consideração os objetivos dos indivíduos e os contextos sociais – seria realizado por uma área não ilustrada, o córtex pré-frontal ventromedial. (ESPERIDIAO-ANTONIO, Vanderson et al. Neurobiologia das emoções. **Rev. psiquiatr. clín.**, São Paulo, v. 35, n. 2, 2008. P. 64. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832008000200003&lng=en&nrm=iso Capturado em 08/01/2013).

³⁴⁴ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Lei 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm capturada em 12/11/2013 às 22:40

³⁴⁵ RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas. Entre El derecho y el no derecho*. Madrid: Editora Trotta, 2010. P. 39/42. Tradução livre.

³⁴⁶ *Idem*. P. 41.

Segundo Rodotá, o *locus* jurídico que sustenta a dignidade da pessoa humana instituiu a teoria da capacidade jurídica cuja relevância única é para atividades da vida econômica³⁴⁷. Assim, fomentar a teoria da capacidade em relações jurídicas existenciais significa colocar a pessoa em uma categoria de exclusão expropriando sua subjetividade e negando sua plena autonomia existencial.³⁴⁸

No mesmo sentido, está o entendimento de Letícia Martel para quem “se em um caso concreto, relativo às intervenções médicas, um adolescente maduro, que apresenta as características de um sujeito do consentimento, não puder aceitar ou recusar um tratamento, poderá haver violação de seus direitos fundamentais”³⁴⁹.

Da mesma maneira que Beuchamp e Childress propuseram, Rodotá entende que não é possível haver uma normatização universal para decisões existenciais que envolvam menores de maneira que cada caso deve ser considerado em singularidade porque haverá situações em que a decisão do menor será determinante; do contrário seria considerado incapaz³⁵⁰.

A incapacidade do menor, todavia, não fere direitos fundamentais porque quando assim considerado juridicamente, sua decisão seria acompanhada de diversas formas de auxílio³⁵¹. Cabe ao direito, então, encontrar mecanismos jurídicos capazes de atender à diversidade de situações da vida e instituir os casos em que a manifestação de vontade voluntária da pessoa geralmente considerada incapaz pode ser relevante³⁵².

³⁴⁷ *Idem*. P. 43.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5 P.229 Nota nº. 456.

³⁵⁰ RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas. Entre El derecho y el no derecho*. Madrid: Editora Trotta, 2010. P. 44.. Tradução livre. As proposições de Letícia Martel complementam este raciocínio. Segundo a autora *o melhor seria a aferição de habilidades necessárias a um sujeito do consentimento caso a caso, a partir do momento em que se percebe haver maturidade para os atos da vida*. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5 P.229 Nota nº. 455.

³⁵¹ RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas. Entre El derecho y el no derecho*. Madrid: Editora Trotta, 2010. P. 44. Tradução livre.

³⁵² *Ibid.*

3.5.2

Consentimento informado: critérios para tomada de decisão em crianças e adolescentes.

Embora a neuropsicologia e a teoria do *menor maduro* preceituem pela inserção da criança e do adolescente entre os sujeitos capazes de tomar decisões sobre sua saúde e vida privada, esta análise revela o fato de que cada pessoa enfrenta o processo de maturação de maneira diferente a depender de fatores externos como a nutrição (para o desenvolvimento das estruturas físicas e neuropsicológicas), as relações intersubjetivas e a realidade cultural no qual sujeito está inserido.

Neste sentido, diversos autores entendem que através da noção consentimento informado, é possível estabelecer critérios mínimos para verificação da tomada de decisão consciente em crianças e adolescentes. Assim, a responsabilidade pela decisão tomada, no exercício da autonomia privada, se desloca do sujeito informante para o sujeito informado, como explica Beauchamp e Childress

O termo “consentimento” ter sido acompanhado com a especificação “informado” caracteriza um modo peculiar de distribuir poder e responsabilidade. O ônus da informação se desloca do paciente para o médico, para os tantos interessados na coleta dos dados pessoais, para as instituições públicas. São estes os sujeitos que devem fornecer-lhe a informação necessária para que a sua decisão possa ser verdadeiramente livre e consciente³⁵³.

Rose de Melo Vencelau, todavia, prefere a expressão “*consentimento qualificado*”. Explica a autora que

o princípio do consentimento qualificado atribui à vontade interna do declarante uma relevância que nas situações patrimoniais não tem. Usa-se o termo qualificado a fim de evidenciar a maior importância dada à vontade subjetiva do declarante. A vontade qualificada é expressa, espontânea, atual e esclarecida. Diante disso, se a formação do consentimento depender de informações prestadas por outrem, o dever de informação assume grande relevo³⁵⁴.

³⁵³ BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P. 138. P.5.

³⁵⁴ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 216.

Quando o interesse for relevante, Beauchamp e Childress propõem o modelo do consentimento informado empregando o termo em dois sentidos: o primeiro como autorização autônoma e o segundo como regras sociais de consentimento nas instituições³⁵⁵. O primeiro viés refere-se á tomada de decisão consciente do sujeito e o segundo, às regras procedimentais para que o consentimento seja expedido de maneira válida, lícita, apta à produção de efeitos na esfera jurídica³⁵⁶.

Segundo estes autores, há cinco elementos básicos para que o consentimento seja considerado informado: a competência, a revelação, o entendimento, a voluntariedade e o consentimento³⁵⁷. O primeiro refere-se à capacidade de agir, ou seja, capacidade jurídica para tomar decisões em situações jurídicas existenciais. O segundo está ligado à revelação da informação ao paciente. Neste sentido esclarecem os autores que

Se a informação não for transmitida de uma maneira adequada, muitos pacientes e sujeitos de pesquisa terão como referência ao modelo, uma base insatisfatória para tomar suas decisões. A perspectiva, as opiniões e as recomendações do profissional são, com frequência, essenciais para uma decisão sensata³⁵⁸.

Desta maneira, a revelação das informações deve ser adequada à compreensão do sujeito que consente. Surge assim o terceiro elemento, ou seja, o entendimento pelo paciente das informações a ele fornecidas.

Revelada a informação ao sujeito que deve expressar o consentimento, este deve ser capaz de compreendê-la, bastando apenas que compreenda os fatos centrais da informação revelada³⁵⁹. Beauchamp e Childress advertem para o fato de que não se encontrará um consentimento inteiramente informado, voluntário ou autônomo sem que isto signifique que as ações “nunca sejam adequadamente informadas, voluntárias ou autônomas”³⁶⁰.

Para estes autores, o sujeito que informa deve fornecer dados suficientes para que o receptor das informações possa não apenas analisar e entender a

³⁵⁵ BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P.163/164.

³⁵⁶ BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P.164.

³⁵⁷ *Idem*. P.165.

³⁵⁸ *Idem*. P.167.

³⁵⁹ BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P.180

³⁶⁰ *Idem*. P.181

proposta, mas pondere riscos e benefícios que nela possam existir³⁶¹. No entanto, deve-se ter cautela ao informar, uma vez que o excesso de informações pode gerar um obstáculo ao consentimento propiciando o surgimento de falsas crenças.³⁶²

Assim, verificada a capacidade de agir para relações existenciais, recebidas e compreendidas as informações, o sujeito do consentimento deve ser capaz de tomar uma decisão voluntária. A voluntariedade é o quarto elemento proposto por Beauchamp e Childress. Neste sentido, voluntariedade é a intencionalidade³⁶³, “é a independência de uma pessoa em relação às influências manipuladoras e coercitivas dos outros”³⁶⁴. Sobre este aspecto, revelam os autores que “uma pessoa age voluntariamente apenas na medida em que quer a ação sem que esteja sob o controle de uma outra influência. De outra sorte, as influências controladoras são aquelas em que o sujeito age controlado apenas por outros indivíduos”³⁶⁵. Todavia, nem todas as influências podem ser consideradas controladoras. Assim, quando há alguma forma de coerção, a influência é controladora.

No entanto, quando há relutância do paciente às informações concedidas e o informante remete novas explicações utilizando analogias a termos simples da vida, que possuem significado para o sujeito que vai consentir, neste caso, tem-se uma influência não controladora³⁶⁶. Por certo, a opinião dos médicos e familiares sobre o assunto influenciará na tomada de decisão sem que, no entanto, a manifestação da vontade seja considerada inválida. A percepção de que estas influências significam apenas manifestação da confiança nas relações intersubjetivas estabelecidas, levam ao entendimento de que o consentimento será considerado plenamente válido.

Assim, conclui Leticia Martel que

para ser válido o consentimento, há de ser livre, isto é, produto de escolha não forçada, que se caracteriza pela ausência de pressão ou força externa indevidas –

³⁶¹ *Idem* P. 181

³⁶² BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P.186

³⁶³ *Idem*. P. 187

³⁶⁴ *Ibid*

³⁶⁵ *Ibid*

³⁶⁶ BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. P.189

sejam ameaças ou ofensas coercitivas e, em menor medida, ofertas não coercitivas, bem como pela ausência de influência indevida³⁶⁷.

Os elementos trabalhados por Beauchamp e Childress podem ser pensados como critérios para que o consentimento informado de crianças e adolescentes tenham valor jurídico.

Outros autores têm estudado critérios para verificação do consentimento. Leticia Martel propõe a verificação de critérios que tornam a pessoa um sujeito do consentimento, segundo a teoria proposta por Roger Brownsword e Deryck Beyleveld.

O ponto de partida do estudo destes autores é a teoria da moral de Alan Gewirth. De acordo com esta teoria, há um princípio supremo de moralidade que fornece uma perspectiva intencional aos agentes do consentimento que têm o direito de terem suas condições genéricas respeitadas por outros agentes³⁶⁸.

Neste sentido, Letícia Martel pondera, ao estudar estes autores em sua tese de doutorado, que

O consentimento, necessário e suficiente para a disposição de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental, não acontece tão somente por preocupação do consentente. Estão englobados, em igual medida, os destinatários do consentimento e, em especial, terceiros cujos direitos podem ser atingidos pelo consentimento alheio³⁶⁹.

Assim, a autora considera que o consentimento é “um mecanismo de exercício de posições jurídicas subjetivas de direitos fundamentais”³⁷⁰ estando “em conexão direta com a ideia de dignidade”³⁷¹ em sua versão dialógica³⁷².

³⁶⁷ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel P.240.

³⁶⁸ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in Law*. Oregon: Oxford and Portland, 2007. P.32-33. Tradução livre.

³⁶⁹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5 P. 216

³⁷⁰ *Idem*. P. 2013

³⁷¹ *Ibid*

³⁷² *Ibid*. Essa versão dialógica é explicada pela autora pela “ideia de dignidade – como autonomia, para a qual é uma das formas de externalização, - quer como heteronomia – conceito ao qual encontra um dos seus limites”. Recomenda-se a leitura do item 2.4 proposto no capítulo 2 da tese de doutorado desta autora.

Há, segundo Derick Beyleveld e Roger Brownsword, uma lógica reflexiva racional que justifica o princípio como uma categoria de ligação, com razões morais e razões práticas gerais.³⁷³ Neste contexto, a chave do consentimento está na aproximação entre a moral e ética³⁷⁴.

Consideram, ainda, estes autores, que trata-se de um sujeito capaz de consentir, que não é ideal, e que precisa ser visto como sujeito real que possui habilidades específicas. Disto resulta a máxima de que o consentimento não deve ser presumido porque está na ordem do real e não da ficção³⁷⁵. Assim, os sistemas legais devem ser endereçados a sujeitos não ideais sobre os quais não cabem justificativas procedimentais de validade e eficácia dos atos que praticam. Então, se possuem capacidade jurídica, sua manifestação é relevante e seria um erro negar a oportunidade de exercer o direito de consentir ou negar-se a atos que dizem respeito à sua saúde e ao seu próprio corpo.³⁷⁶

Segundo Leticia Martel

A primeira vista, os sujeitos do consentimento para efeitos de disposição seriam os civilmente capazes. Logo, a capacidade civil seria necessária a disposição. No direito brasileiro as regras da capacidade, são, pelo menos aparentemente, bastante herméticas e estanques. Contudo não é a capacidade civil que conta em todos os casos de disposição de posições subjetivas de direitos fundamentais. Veja-se a hipótese do consentimento para relações sexuais. Há disposições de posições jurídicas de direitos fundamentais, porém não se exige a capacidade civil plena para que o titular seja considerado um sujeito do consentimento³⁷⁷.

Sendo assim, quem pode consentir na visão de Derick Beyleveld e Roger Brownsword? Os autores utilizaram o termo *sujeito do consentimento*³⁷⁸ para propor que o sujeito do consentimento não é o mesmo que o sujeito que possui capacidade civil³⁷⁹

³⁷³ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in Law*. Oregon: Oxford and Portland, 2007. P.32-33. Tradução livre.

³⁷⁴ *Ibidem*. p.33

³⁷⁵ *Idem*. p. 114

³⁷⁶ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in Law*. Oregon: Oxford and Portland, 2007. P.114. Tradução livre.

³⁷⁷ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5 P. 218

³⁷⁸ *Idem*. p.93

³⁷⁹ *Idem*. P. 218

De acordo com Letícia Martel, este sujeito do consentimento reúne características especiais muito além da simples capacidade civil³⁸⁰, conceituada como “capacidade de praticar, pessoalmente, atos da vida civil”³⁸¹. Assim, este sujeito possui “(a) habilidade desenvolvida para formar julgamentos e emití-los, (b) habilidade para agir de modo livre e com intencionalidade, baseado em conhecimento e informações relevantes; (c) presença das habilidades no momento relevante para o consentimento”³⁸². Desta formulação de Derick Beyleveld e Roger Brownsword, resulta o fato de que a simples aptidão para exercer atos da vida civil não coloca o ser humano na categoria de sujeito do consentimento e se assim o fosse, correríamos o sério risco de incorrer em erros irreversíveis.

Assim, segundo Letícia Martel, os autores em análise, sugerem

a adoção de um princípio de precaução que auxilie a identificar a presença das habilidades que caracterizam a agência. A partir daí, buscam definir quem é ou não um sujeito ideal típico do consentimento, bem como apresentar estratégias para lidar com quem não é um sujeito do consentimento ideal típico³⁸³.

Neste sentido, há referência a sujeitos que não reúnem as características propostas por Derick Beyleveld e Roger Brownsword para serem sujeitos do consentimento. São exemplo as pessoas em coma, as pessoas que perderam a capacidade de compreensão dos fatos da vida, ou aquelas que, embora a ciência médica diga que são capazes de compreender a realidade externa, não são capazes de demonstrar esta compreensão. Para estas pessoas, o Código Civil brasileiro previu o instituto da representação.

Na esteira de tudo que foi tratado até aqui, Rose de Melo Vencelau se posiciona no mesmo sentido, ponderando a necessidade de se proporem critérios jurídicos para validar o consentimento de crianças e adolescentes. Todavia, alerta para o fato de que nestes casos, esbarrar-se-á no exercício do poder familiar dos pais. Assim, há necessidade de análise do caso em concreto ponderando entre o

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil. Teoria Geral*. Rio de Janeiro: editora Lumen júris, 2008. p. 206.

³⁸² MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5 P. 218

³⁸³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5 P. 218

espaço de decisão do menor e o poder de decisão dos genitores, “se o interesse reclamado exigir uma limitação da situação jurídica do menor”³⁸⁴. Nesta proposta, os interesses do menor estão em conflito com os interesses dos genitores. Neste aspecto, a prevalência da autonomia do menor suscitaria um pensar na esfera de exercício do poder familiar.

Nesta medida, Rose de Melo Vencelau analisa as proposições do Código Civil de 2002

Ao estabelecer a incapacidade absoluta aos menores de 16 anos (art.3º, CC2002 – art.5º, CC1913) e a relativa aos maiores de 16 e menores de 18 (art.4º, CC/2004 – 21 anos no art.6º, CC1916) o Código Civil não pretendia outra coisa, senão proteger o interesse patrimonial daqueles que estão ainda em condição de desenvolvimento, cuja inexperiência, a facilidade em deixar-se influenciar e a falta de indeterminação impõem a completa ou parcial capacidade de ação³⁸⁵.

A análise patrimonialista da normativa do Código Civil não permite a visão cristalina da cláusula geral de proteção da pessoa humana e não considera o menor sob a perspectiva de ser sujeito de direitos fundamentais de sorte a aplicar institutos inapropriados quando se trata da tomada de decisão, do consentimento de crianças e adolescentes diante de situações jurídicas existenciais.

Disto resulta a cultura de que o poder familiar suplantaria a autonomia privada do menor de sorte a ignorá-lo diante de questões existenciais. Ocorre que o poder familiar é um instituto, criado pelo direito, que atribui aos pais responsabilidades em relação aos seus filhos, de maneira que seu exercício está previsto no art. 1632 do Código Civil, isto é; os pais têm responsabilidade da criação e educação dos filhos, devem tê-los em sua guarda e companhia, são responsáveis por dar-lhes ou negar-lhes consentimento para o casamento, podem nomear tutores por testamento, são responsáveis por representá-los ou assisti-los, conforme a idade, podem reclamá-los de quem os detenha ilegalmente além de exigir-lhes obediência, respeito e os serviços condizentes com a sua condição³⁸⁶.

³⁸⁴ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 130.

³⁸⁵ MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 131.

³⁸⁶ CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturada em 10/06/2013 às 22:30.

Neste sentido, sendo pessoas em desenvolvimento, os pais são responsáveis por proporcionar aos filhos condições sustentáveis para tanto, não podendo, todavia, exigir obediência desmedida ou manter uma relação ditatorial³⁸⁷. O poder de família está positivado para construção da dignidade de seus membros pautada em laços de afeto e confiança³⁸⁸.

Diante de todo o exposto, Anna e Kate Fitzgerald, personagens do filme “*Uma prova de amor*”, aos 11 e 14 anos de idade, respectivamente, sob a perspectiva positivista clássica, não teriam, no direito brasileiro, direito à tomada de decisão em situações jurídicas existenciais, podendo, circunstancialmente serem ouvidas sem que sua manifestação de vontade, de fato, influenciasse na decisão dos pais e da equipe médica. De outra sorte, a análise do caso sob a perspectiva civil constitucional pode conduzir o julgador à utilização de princípios trazendo coerência à norma e possibilitando a flexibilização do positivismo para garantir os ideais constitucionais.

Urge, então, estabelecer os critérios que serão utilizados para realizar o exame da casuística proposta no próximo capítulo. Nesta medida, entendendo pela viabilidade da disposição de posições jurídicas subjetivas de direitos fundamentais da personalidade, a capacidade de agir em crianças e adolescentes quando se referir à tomada de decisão em situações jurídicas subjetivas existenciais deve ser verificada de acordo com os seguintes critérios: 1) capacidade de formar julgamentos e emití-los de maneira clara e racional, 2) habilidade de agir com intencionalidade e liberdade após receber todas as informações relevantes, 3) presença das habilidades de julgamento e expressão do mesmo e de compreensão e intencionalidade no momento da emissão do consentimento³⁸⁹.

Nesta linha de raciocínio, o conceito de titularidade e legitimidade deve ser entendido como coincidentes quando invocados para as situações jurídicas existenciais, sobretudo naqueles que se referirem à disposição do próprio corpo em questões médicas³⁹⁰. Deve-se, no entanto, atentar-se às ressalvas anteriormente feitas por Rose de Melo Vencelau, importando a análise do caso em concreto,

³⁸⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Vol. Único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. P. 1147.

³⁸⁸ MADALENO, *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

³⁸⁹ Critérios de identificação do sujeito do consentimento proposto por Derick Beyleveld e Roger Brownsword, vistos neste capítulo.

³⁹⁰ Teoria sustentada por Diego Carvalho. Ver item 2.4

respeitando, todavia, os limites propostos pelo enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil e o enunciado nº 139 da III jornada de direito civil³⁹¹.

Por outro lado, deve-se considerar o ponto de vista procedimental de maneira a dar segurança jurídica à tomada de decisão por crianças e adolescentes. Esta perspectiva permite assegurar que a vontade do menor será respeitada uma vez que o consentimento livre e esclarecido será tomado de maneira sólida resguardando terceiros do receio de ações indenizatórias quando a decisão importar em disposição do próprio corpo, por exemplo.

Sobre a perspectiva procedimental, revela-se necessária a observância das proposições de Beauchamp e Childress sendo importante a atuação do sujeito informante e a documentação dos procedimentos que seguem: a) a competência do informado, b) a clareza da revelação da informação ao informado de maneira adaptada às condições de menor, c) o entendimento das informações pelo menor, d) a voluntariedade do informado na realização do ato de consentir.

Por fim, para que haja segurança nos critério que possam repensar a teoria das incapacidades no que tange à capacidade de agir em crianças e adolescentes em situações jurídicas existenciais deve-se considerar o tempo de maturação da circuitaria do córtex pré-frontal e as fisiopatologias que podem acometer estas áreas, assim como as lesões nesta circuitaria que prejudicariam a tomada de decisão.

De posse destas considerações, reforça-se a perspectiva de Rodotá, no sentido de que é necessária a garantia de que as pessoas, acometidas por algum viés de incapacidade para a tomada de decisão, receberão auxílio para a realização da mesma considerando suas condições de vida, sua cultura, sua condição humana, sua história existencial. Estarão assim constituídas as condições para a formação do *significante*³⁹² da pessoa humana. Está aí formado o *poder da palavra*, da cláusula geral, do princípio, da autonomia, da heteronomia para a dignidade da pessoa humana.

³⁹¹ Neste sentido, ver item 2.4

³⁹² Vide nota 182.

4

A criança e o adolescente: Capacidade de agir em situações jurídicas existenciais

O capítulo três tratou da pessoa humana e do reconhecimento constitucional de seu caráter prevalente em face das relações patrimoniais, além de apresentar um estudo civil constitucional sobre a dignidade da pessoa humana.

O capítulo que se inicia propõe a análise de três casos onde a tomada de decisão das crianças e adolescentes se faz pertinente e importante para a reflexão jurídica, proporcionando um pensar sobre a teoria da capacidade jurídica no direito brasileiro, sobre a possibilidade de disposição de posições jurídicas de direitos fundamentais, bem como a necessidade de utilização de critérios objetivos para determinação dos sujeitos do consentimento quando se trata da tomada de decisão em crianças e adolescentes, além da segurança jurídica no procedimento de coleta do consentimento.

Para tanto se analisará o *leading case do Reino Unido*, Caso Gillik versus West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority and Another que tratou da tomada de decisão de adolescente sobre o uso de contraceptivos. O segundo caso a ser estudado é o da menina Hannah Jones que aos 13 anos de idade negou-se a dar consentimento para um transplante de coração. Já o terceiro caso refere-se ao transgênero Josie Romero que desde os oito anos de idade busca, com o aval da família, uma equipe médica que realize a cirurgia de mudança de sexo.

O conjunto das análises pretende visualizar o direito como um *romance em cadeia*³⁹³ propondo aos juristas que os lêem, levem a sério suas responsabilidades de continuidade. Propõe-se uma criação em conjunto, até onde for possível, de um romance unificado, da melhor qualidade possível³⁹⁴.

³⁹³ Termo utilizado por Ronald Dworkin em sua obra *O Império do Direito*.

³⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.276.

4.1

Caso Gillick versus West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority and Another

O caso em comento, *Gillick versus West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority and Another*, é um *leading case* ocorrido no Reino Unido em 1985. Na ocasião, a Câmara dos Lordes apreciou recurso contra uma circular expedida pelo departamento de saúde e segurança social dirigida aos profissionais de saúde, sobretudo, aos médicos.

A circular tratou de uma orientação aos médicos quando consultados por meninas de 16 anos de idade, em clínicas de planejamento familiar. Segundo a circular, não agiriam ilegalmente os médicos que prescrevessem medicação contraceptiva para meninas com esta idade, desde que agissem de boa fé no melhor interesse da menor, contra os intercursos do início de relações sexuais descuidadas. A circular orientou ainda no sentido de que embora os médicos soubessem que anticoncepcionais não deveriam ser prescritos sem a autorização dos pais e que deveriam estimular os menores a envolver os pais no assunto; em razão do sigilo, princípio ético na relação médico paciente, os contraceptivos poderiam ser receitados sem a autorização, ou sem o consentimento dos pais, se na avaliação clínica médica isto fosse necessário³⁹⁵.

Da leitura do caso em comento, foi possível verificar que a autora, Vicktoria Gillick, é mãe de cinco filhas, menores de 16 anos, à época do julgamento, e que por isso solicitou à autoridade de saúde local que a elas não fossem dadas orientações, nem fossem realizadas quaisquer intervenções médicas sobre contracepção sem seu conhecimento e autorização prévia enquanto fossem menores de 16 anos³⁹⁶.

Quando o pedido foi negado, tanto pela autoridade de saúde, quanto pelo departamento de saúde, a autora interpôs uma ação contra ambos, solicitando uma declaração de ilegalidade da circular sob o argumento de que a circular estimularia os médicos à prática do *delito de provocar ou encorajar relações*

³⁹⁵ Gillick v West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority and another. Disponível em http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm capturado em 01/06/2013 as 22:00

³⁹⁶ Gillick v West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority and another. Disponível em http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm capturado em 01/06/2013 as 22:00

sexuais ilegais com uma menina de 16 anos, além de outros delitos sexuais. Além disto, a autora alegou que dar aconselhamentos sobre comportamento sexual e prescrever medicamentos contraceptivos sem o consentimento ou autorização dos pais, violaria o *direito ao poder familiar*³⁹⁷.

Na análise do mérito, o juiz entendeu que o ato do médico, em conformidade com a circular, ante a solicitação da menor, não configuraria o alegado delito nem significaria violação do *direito ao poder familiar*. Com relação a esta última alegação, o juiz considerou que a relação entre pais e filhos e o interesse daqueles sobre estes, não equivale a um direito, mas a uma responsabilidade ou dever não havendo assim qualquer ilicitude no aconselhamento médico no sentido de violação do “*direito ao poder familiar*”³⁹⁸.

Assim, a autora, Victoria Gillick, interpôs recurso ao tribunal recursal, alcançando êxito em sua pretensão nesta instância, com a declaração de que o aconselhamento médico sobre contracepção não poderia ter sido dado a menor de 16 anos sem autorização ou consentimentos dos seus pais, sendo a circular ilegal. O departamento de saúde e segurança social recorreu à Câmara dos Lordes contra a decisão do tribunal recursal³⁹⁹.

No julgamento recursal, Lorde Fraser ressaltou que houve três questões levantadas pelo recurso: 1) Se uma menina menor de 16 anos tem capacidade legal para dar consentimento válido para receber aconselhamento sobre contracepção e para o uso de contraceptivos, além de exames médicos; 2) Se ao dar aconselhamentos sobre o uso de contraceptivos, o médico estaria violando o *direito ao poder familiar dos pais*; 3) Se um médico que dá conselhos ou propõe tratamentos a um menor de 16, sem o consentimento dos pais tem responsabilidade criminal⁴⁰⁰.

A este estudo importa comentar apenas os dois primeiros questionamentos: Teria a menor capacidade legal para consentir sobre situações jurídicas existenciais como é proposto no caso *Gillick versus West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority and Another?* Esta perspectiva de tomada de decisão pelo menor estaria a colocar em risco o exercício do poder familiar?

³⁹⁷ *Ibid*

³⁹⁸ *Ibid*

³⁹⁹ *Ibid*

⁴⁰⁰ Gillick v West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority and another. Disponível em http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm capturado em 01/06/2013 as 22:00

A análise de Lorde Fraser sobre o recurso interposto por Victoria Gillick é no sentido de dar a estes questionamentos uma resposta negativa. O julgador analisou uma série de dispositivos legais vigentes na Inglaterra e no País de Gales para tentar responder às questões de acordo com o direito positivo. Estudou, assim, leis referentes ao direito de família, regulamentações do serviço nacional de saúde e concluiu pela vagueza das normatizações. Neste sentido, expôs que nenhuma das disposições as quais estudou colocavam limite de idade (ou sexo) das pessoas a quem tal tratamento ou aconselhamento pode ser fornecido”⁴⁰¹.

No mérito da discussão sobre a capacidade da menor para consentir, o julgador declarou não acreditar que “uma pessoa de 15 anos de idade que pode estar morando longe de casa, é incapaz para dar seu nome em uma lista de atendimentos médicos sobre questões comuns, não necessariamente sobre contracepção”⁴⁰² entendendo assim que, quando o menor possui maturidade suficiente para compreender a natureza e as consequências de suas decisões, estaria superada a incapacidade. Para Lorde Fraser, compete à autoridade de saúde a verificação da maturidade do menor⁴⁰³.

Neste sentido, a vagueza da norma fez com que o julgador tivesse que abandonar o positivismo jurídico e enfrentar a questão à luz dos melhores interesses do menor. De sorte a entender que a autoridade dos pais sobre os filhos não está em favor dos pais, mas em favor dos filhos e expôs que o direito dos pais de controlarem os filhos existe para o benefício da criança e que só se justifica na medida em que permite ao pai exercer as suas funções em relação à criança⁴⁰⁴. Neste sentido, o julgador considerou o poder familiar como uma responsabilidade dos pais sobre seus filho e não um direito. Portanto, sem razões para alegação de violação de direitos⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ *Ibid.* Segundo Lord Fraser: “None of the provisions to which I have referred placed any limit on the age (or the sex) of the persons to whom such advice or treatment might be supplied”.

⁴⁰² *Ibid.* Segundo Lord Fraser: “I do not believe that a person aged 15, who may be living away from home, is incapable of applying on his own behalf for inclusion in the list of a doctor for medical services of an ordinary kind not connected with contraception”.

⁴⁰³ Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm capturado em 01/06/2013 às 22:00

⁴⁰⁴ Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm capturado em 01/06/2013 às 22:00

⁴⁰⁵ *Ibid*

Este *Leading case* abriu as discussões, em seu tempo, entre juristas de todo mundo sobre a capacidade de agir de adolescentes e lançou à comunidade jurídica noções da teoria do menor maduro. Importa ainda salientar que Lorde Fraser considerou que questões éticas/morais e sociais avançaram aos debates da época⁴⁰⁶ e, de fato, tem pertinência a observação. Isto porque responsabilidade de decisão sobre questões referentes à vida particular do sujeito foram transferidas ao poder judiciário sem que o mesmo tivesse conhecimento da história de vida dos personagens envolvidos, suas crenças ou descrenças de modo a interpretar a situação concreta à luz de princípios na tentativa de assegurar os melhores interesses da menor envolvida.

Neste aspecto, ateve-se ao entendimento de que o poder familiar se destina ao pleno desenvolvimento dos filhos e não às necessidades dos pais, desconsiderando entendimentos éticos e morais daquela família.

Nesta medida, pode-se afirmar que, no caso em questão, o julgador considerou a autonomia privada da menor, madura o suficiente para compreender as consequências de seus atos sem a necessidade de assistência dos pais, primando pela confiabilidade e confiabilidade da relação médico paciente e, em contrapartida, proporcionou a aplicação da dignidade desta menor considerando seu aspecto autônomo (expressão do desejo da menor) e heterônomo. Sobre este último viés, tratou de assegurar a evolução de questões que poderiam trazer sobrecarga à saúde pública e ao melhor interesse da menor como por exemplo a disseminação de doenças sexualmente transmissíveis, gravidez na adolescência, entre outras.

Este giro jurídico possibilitou um movimento que perdura à atualidade no sentido da quebra do paradigma da capacidade de agir em crianças e adolescentes fixada sobre a idade, sem considerar a formação axiológica do ser humano, aplicando, normas inapropriadas às questões jurídicas subjetivas existenciais.

⁴⁰⁶ Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm capturado em 01/06/2013 às 22:00

4.2

Caso Hannah Jones versus Herefordshire Primary Care Trust

O caso Hannah Jones versus Herefordshire Primary Care Trust refere-se à recusa de uma adolescente em submeter-se a um transplante de coração com poucas chances de ser bem sucedido. A adolescente é Hannah Jones, que a época tinha 13 anos. O caso aconteceu no condado inglês de Herefordshire no ano de 2008⁴⁰⁷.

De acordo com a publicação do site da BBC.com “quando mais jovem, Hannah sofreu de leucemia e seu coração foi enfraquecido por remédios fortes que ela tomou desde os cinco anos de idade”⁴⁰⁸. A menina entrou em remissão da leucemia aos sete anos de idade, mas seu coração estava bastante danificado e começou a apresentar problemas. Os médicos fizeram várias intervenções e em uma delas tentaram colocar um marca-passo, mas não obtiveram sucesso. Assim, com o coração comprometido houve a necessidade do transplante de coração⁴⁰⁹. Todavia, Hannah recusou-se a fazê-lo.

Os pais da menina a apoiaram, não obstante o Herefordshire Primary Care Trust, que administra o hospital no condado inglês de Herefordshire, tenha chegado a entrar com um processo em um tribunal para obrigá-la a ser operada⁴¹⁰. Na ocasião, Hannah disse que preferia morrer com dignidade⁴¹¹.

A adolescente convenceu a equipe multidisciplinar, designada pelo tribunal, de que conhecia plenamente as consequências de seu ato e impressionou o auditor escalado pelo hospital para acompanhar a equipe, ao argumentar com convicção sobre sua decisão. Diante a assertividade das declarações de Hannah nas entrevistas, o hospital desistiu da ação.

Um ano depois de encerrados os debates jurídicos sobre a recusa da menor em realizar o transplante de coração, a história teve uma surpreendente virada:

⁴⁰⁷ Informações disponíveis no site da http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/11/081111_menina_morte_dg.shtml capturado em 20/05/2013 às 23:00

⁴⁰⁸ *Ibid*

⁴⁰⁹ Informações disponíveis em <http://www.mirror.co.uk/news/real-life-stories/hannah-jones-18-turned-down-2049160> capturado em 22/08/2013 às 22:00.

⁴¹⁰ *Ibid*

⁴¹¹ *Ibid*

Hannah decidiu fazer o transplante. Recentemente, tem-se notícias de que a adolescente completou 18 anos, está feliz e livre dos hospitais⁴¹².

Ao jornal Mirror, Hannah disse que é grata pelo transplante e pelo apoio dos pais. Relatou que não pode explicar porque estava tão convicta e que não pode acreditar que tenha tomado aquela decisão⁴¹³. Disse que sentiu uma esmagadora vontade de ir para a casa e que olhava os irmãos brincando no jardim e mesmo sabendo que não poderia se juntar a eles queria estar por perto, em casa. Desejava poder fazer as refeições com a família⁴¹⁴.

Assim, Hannah foi para casa, mas em seu 14º aniversário, o coração começou a dar novos e mais graves, sinais de fraqueza⁴¹⁵. As dores aumentavam a cada dia e, fazer qualquer movimento era um inimaginável esforço⁴¹⁶.

O universo interior da adolescente voltou a fixar-se na perspectiva de fazer ou não o transplante, isto porque a Kirsty Jones, vendo o sofrimento da filha, dia a dia, trouxe a questão ao debate familiar novamente. Neste sentido, a biografia desta passagem da vida da família Jones revela os questionamentos de Hannah enquanto retomava o pensar sobre a possibilidade de fazer o transplante.

Nesta época, a adolescente tornou-se mais introspectiva e calada. De acordo com Kirsty Jones, ela suspeitou que Hannah estivesse pensando seriamente no transplante, porque tinha aprendido a interpretar o comportamento da filha depois de tantos anos de convivência muito próxima⁴¹⁷ e na tentativa de diminuir a angústia da menina, resolveu conversar com ela.

Você sabe que você não vai mudar se escolher fazer o transplante, não sabe? – O rosto de Hannah estava inexpressivo enquanto eu falava.

Eu sei que você tem pensado sobre isto Han, mas é seu cérebro que faz você ser quem você é, e não seu coração. É o cérebro que dá a você pensamentos e sentimentos.

Mas e se eu não quiser mais o coração depois que tiver feito o transplante? - Ela perguntou. E se eu não tomar os remédios e perder o coração que outras pessoas precisam?

⁴¹² Informações disponíveis em <http://www.mirror.co.uk/news/real-life-stories/hannah-jones-18-turned-down-2049160> capturado em 22/08/2013 às 22:00.

⁴¹³ *Ibid*

⁴¹⁴ *Ibid*

⁴¹⁵ JONES, Hannah; JONES, Kirsty. *Hannah's Choice*. London: HarperColinsPublishers, 2010. Tradução livre. P. 293.

⁴¹⁶ *Idem*. P.299/303.

⁴¹⁷ *Idem*. P.299.

Eu não acredito que você fará isto se você decidir que quer o transplante, Han. E é por isso que estamos pensando tanto. Você quer ter certeza. Conhecendo você, eu não acho que vai mudar de idéia.

Não. - Ela disse.

E se você fizer a operação, eu não posso pensar em uma menina que seria mais colaborativa que você. Quando uma pessoa decide doar um órgão, ou a família toma esta decisão, é para ajudar alguém que está muito doente. Eu não posso imaginar pessoa mais digna que você – doce e boa; forte e corajosa⁴¹⁸.

Hannah desejava fazer coisas que toda a adolescente faz, como ir ao cinema, fazer as unhas no salão, tomar milk shake com os amigos. Imaginava estas coisas da janela de seu quarto. Mas o tempo passava e ela ia ficando cada vez mais debilitada. O conflito entre seus desejos adolescentes e as dúvidas primárias não permitiam que a menina pudesse decidir-se de pronto: Hannah tinha medo de se tornar uma pessoa diferente do sempre foi se recebesse o coração de outra pessoa. Afinal, o doador podia ter sido uma pessoa má⁴¹⁹.

Nada obstante, os questionamentos da adolescente iam muito além porque esteve doente durante muito tempo em sua vida e suas lembranças da infância estão ligadas a enfermeiras e ambientes hospitalares. Fez amigos no curto tempo em que pôde estudar em uma escola regular. Hannah queria, desesperadamente, ter um pouco de vida fora dos muros do hospital.

Neste sentido, foi o raciocínio da menina para tomar a decisão inicial de recusar o transplante de coração entendendo que caso não o realizasse, fatalmente morreria e que talvez isto acontecesse com muita dor e sofrimento. De outro lado, Hannah considerava que poderia ter um breve período de vida normal enquanto estivesse em casa com seus pais. Além disso, a ideia de passar uma vida toda tomando medicamentos era insuportável para a menina⁴²⁰.

Assim, os mesmos questionamentos voltaram a atormentar a adolescente quando sua saúde chegou ao limite e tendo conversado com a mãe, diante do espaço de autonomia criado pelos pais; Hannah, dias após o seu décimo quarto aniversário, decidiu fazer o transplante de coração.

⁴¹⁸ JONES, Hannah; JONES, Kirsty. *Hannah's Choice*. London: HarperColinsPublishers, 2010. Tradução livre. P. 299-300

⁴¹⁹ *Idem*. P.303.

⁴²⁰ *Idem*. P. 71/88.

No entanto, houve as temidas complicações: infecções e pneumonia⁴²¹, mas a adolescente enfrentou tudo com a coragem de sempre e chegou em 2013, ao seu décimo oitavo aniversário.

Diante da narrativa sobre a recusa da menor Hannah Jones, indaga-se se em casos como este deve-se considerar a decisão tomada pela menor no que tange ao ato de disposição do próprio corpo?

Rodotá se posiciona entendendo que o reconhecimento integral da personalidade e, portanto, da plenitude da vida, rompem a dicotomia entre a capacidade de agir em atos patrimoniais e a capacidade de agir em atos existenciais e impõem a necessidade de uma real análise de caso a caso reconhecendo situações em que se deve dar relevância a vontade de quem, do contrário, seria considerado incapaz⁴²².

A vista disto, é preciso que o direito contemple a pessoa em uma larga série de facetas, reconhecendo algumas vezes sua capacidade de decisão e em outras, respeitando suas limitações e fornecendo-lhes as mais diversas formas de auxílio⁴²³. Desta feita, a crescente atenção dada às questões existenciais, abre uma nova perspectiva para a criação de mecanismos que forneçam segurança jurídica ao ato praticado pelo menor.

Esta quebra paradigmática sobre a visão do ser humano desde a constituição de 1988 impede a construção de *espaços de exclusão*⁴²⁴ da pessoa e vem abrindo um *locus* jurídico para um *não direito*, onde prevalece a autonomia humana, mapeada e limitada pelos princípios da liberdade e da solidariedade⁴²⁵.

O princípio e a cláusula geral da pessoa humana autorizam a aplicação da hermenêutica civil constitucional ao caso em concreto, possibilitando o surgimento de solução jurídica diversa ao regime positivado. Neste sentido, a leitura que se fará da casuística parte do olhar principiológico constitucional de modo a resguardar a dignidade dos menores, o exercício ou disposição de direitos fundamentais da personalidade de sorte que o caso Hannah Jones refere-se à disposição de situações jurídicas existenciais.

⁴²¹ Informações disponíveis em <http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-hereford-worcester-23770583> capturadas em 20/05/2013 às 23:00

⁴²² RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas. Entre El derecho y el no derecho*. Madrid: Editora Trotta, 2010. P. 44. Tradução livre. Terminologia utilizado pelo autor.

⁴²³ *Ibid*

⁴²⁴ *Idem*. P.45

⁴²⁵ Referência aos princípios colorários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta medida, a adolescente reuniu as características necessárias para ser considerada como sujeito do consentimento, ou seja, habilidade desenvolvida para formar julgamentos e emití-los, habilidade para agir de modo livre e com intencionalidade, baseado em conhecimento e informações relevantes além da presença das habilidades no momento relevante para o consentimento.

Deve-se, ainda, lembrar-se da necessidade de aplicação da teoria realista sobre a capacidade de agir, aproximando os conceitos de titularidade e legitimidade de sorte a considerar que Hannah ao adquirir personalidade jurídica com o nascimento com vida recebeu também titularidade para o exercício dos direitos ali envolvidos devendo esta titularidade ser acompanhada por seus representantes até que se consolide sua capacidade de discernimento. Este seria o *locus* do não direito apresentado por Rodotà, no sentido de ser um espaço constante de autonomia do menor que pode atuar sempre que as condições objetivas de reconhecimento da capacidade para consentir forem verificadas. Tal verificação deverá ser realizada pelos representantes em situações que não envolvem disposição de situações jurídicas existenciais ou pelo poder judiciário quando esta for a demanda.

O espaço de *não direito*, fundado na teoria realista da capacidade de agir, propõe uma reestruturação da teoria patrimonialista hoje proposta pelo Código Civil brasileiro importando como regra a capacidade e como exceção à incapacidade da criança e do adolescente no que tange à tomada de decisão em situações jurídicas existenciais.

Sob este ponto de vista, Hannah Jones tem direito de exercer sua autonomia decisória e de *mudar de ideia* e ao Estado cabe respeitar este espaço de autonomia privada, ainda porque seus representantes legais se manifestaram de acordo com as ideias defendidas pela menor. Se capaz de compreender a extensão das consequências de seus atos, se esta verificação foi realizada e aceita pelos pais da menor, não há mais o que se discutir na seara jurídica, devendo esta apenas fiscalizar o melhor interesse do menor atentando-se para o seu desenvolvimento maturacional.

4.3

Caso Josie Romero

José Romero tem hoje 14 anos de idade, mora em Tuckson, Arizona. O menor sofre de transtorno de identidade sexual desde a infância⁴²⁶, isto significa que é transexual e se afirma como menina desde os quatro anos de idade, quando assim dizia aos pais “*eu sou uma menina*”⁴²⁷.

Josie, como é chamada hoje, se veste e é reconhecida socialmente como menina, e desde os oito anos de idade, tenta realizar a cirurgia de mudança de sexo, mas nenhuma equipe de saúde quis realizar o procedimento⁴²⁸. Neste sentido, a mãe acompanhou a menina, desde muito pequena às consultas médicas e junto com seu marido, estão de acordo com a decisão da filha em realizar uma cirurgia para a retirada do genital masculino e a construção do feminino.

A mãe de Josie relata que se lembra de ter pensado que a criança era homossexual porque sua brincadeira predileta era vestir-se como menina. Já o pai afirma ter sido relutante no início, mas que, com o tempo, compreendeu que se tratava de transexualismo infantil e percebeu que havia ganhado uma filha⁴²⁹. Assim, quando a família Romero adotou a pequena Jade, uma menina chinesa que

⁴²⁶ F 64.2 segundo a Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 10). **F64 TRANSTORNOS DA IDENTIDADE SEXUAL - F64.0 Transexualismo-** Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptção por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.

F64.1 Travestismo bivalente - Este termo designa o fato de usar vestimentas do sexo oposto durante uma parte de sua existência, de modo a satisfazer a experiência temporária de pertencer ao sexo oposto, mas sem desejo de alteração sexual mais permanente ou de uma transformação cirúrgica; a mudança de vestimenta não se acompanha de excitação sexual. **Transtorno de identidade sexual no adulto ou adolescente, tipo não-transexual. Exclui: travestismo fetichista (F65.1)** **F64.2 Transtorno de identidade sexual na infância** - Transtorno que usualmente primeiro se manifesta no início da infância (e sempre bem antes da puberdade), caracterizado por um persistente e intenso sofrimento com relação a pertencer a um dado sexo, junto com o desejo de ser (ou a insistência de que se é) do outro sexo. Há uma preocupação persistente com a roupa e as atividades do sexo oposto e repúdio do próprio sexo. O diagnóstico requer uma profunda perturbação de identidade sexual normal; não é suficiente que uma menina seja levada ou traquinas ou que o menino tenha uma atitude afeminada. Os transtornos da identidade sexual nos indivíduos púberes ou pré-púberes não devem ser classificados aqui mas sob a rubrica F66.-. **Exclui: - orientação sexual egodistônica (F66.1) - transtorno da maturação sexual (F66.0)** Informações disponíveis em <http://www.psiqweb.med.br/site/DefaultLimp.aspx?area=ES/VerClassificacoes&idZCClassificacao=395>

⁴²⁷ Informações disponíveis em <http://www.mdig.com.br/?itemid=8135>

⁴²⁸ *Ibid*

⁴²⁹ *Ibid*

havia ficado órfã, Josie recebeu a irmã com alegria por ter alguém com quem brincar⁴³⁰.

Josie foi considerada pela mídia eletrônica, no ano de 2009, a transexual mais jovem do mundo a procurar equipes médicas que pudessem realizar a cirurgia de mudança de sexo. Esta história foi transformada em um documentário que pode ser assistido no youtube⁴³¹.

O documentário em comento revela que inicialmente Joey foi diagnosticada com depressão e precisou tomar prozac mas a droga não foi capaz de trazer um sorriso àquele menino. O diagnóstico diferencial aconteceu quando a equipe multidisciplinar avaliou a maneira como a menor brincava⁴³².

Quando indagada no documentário sobre como se sentiu ao descobrir que era transexual, Josie respondeu com uma indagação: “*Quando eu descobri? Eu sempre soube*”⁴³³. Neste sentido, os pais da menina resolveram assumir uma postura diferente permitindo que a criança fosse o que sentia que era: uma menina. Assim, passaram a vesti-la como menina e foi preciso aprender a dizer *ela* ou invés de *ele*. Esta conduta resultou na expressão de alegria de Josie e os sintomas depressivos desapareceram⁴³⁴.

Todavia, a inserção social da menor foi difícil porque os pais dos alunos da escola protestaram contra a postura assumida pelos pais de Josie. A palavra difícil aqui é uma referencia aos pais da menina e não a ela porque Josie diz que quando chegou à escola, percebeu os olhares e pensou consigo: “*Eles podem fazer o que quiserem, mas eu vou fazer o que eu penso que é certo*”⁴³⁵. Tudo isto aconteceu por volta dos 6 anos de idade⁴³⁶.

A convicção e a alegria de Josie levaram seus pais a pleitear a mudança de nome oficialmente e José passou a chamar-se Josie Caudine Romero. Estudou em

⁴³⁰ Informações disponíveis em <http://www.mdig.com.br/?itemid=8135>

⁴³¹ Documentário *Living a Transgender Childhood* Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=epDPui27QZQ>

⁴³² *Ibid*

⁴³³ *Ibid*

⁴³⁴ *Ibid*

⁴³⁵ *Ibid*

436

Documentário *Living a Transgender Childhood* Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=epDPui27QZQ>

regime de *home care*⁴³⁷ e foi acompanhada por psicólogos que a ajudaram a elaborar a nova vida e a decisão de viver como uma menina⁴³⁸.

Apesar de todo o esforço dos pais para se adaptar as novas referências da menina, o processo de mudança corporal começou a acontecer por volta dos 8/9 anos de idade e Josie voltou a se entristecer pelo temor de que os caracteres masculinos comessem a aparecer por causa da puberdade. Josie diz que sentiu-se frustrada⁴³⁹ e que já pensou em fazer, ela mesma, sua cirurgia: “*era morrer ou viver com isso*”.⁴⁴⁰

Muito embora os pais de Josie concordem com a cirurgia e possam lutar na justiça para garantir a vontade da filha, eles não conseguiram encontrar uma equipe médica que quisesse operar Josie antes dos 18 anos. Assim, aos completar 13 anos de idade Josie e seus pais conseguiram, apenas, começar com o tratamento hormonal para parar o desenvolvimento dos caracteres masculinos e isto resultou no alcance de certa paz à menina⁴⁴¹.

Os médicos entrevistados no documentário sobre Josie Romero são bioeticistas e pediatras acostumados a lidar com o assunto há vários anos e entendem que aplicar a terapia hormonal em uma criança com 9 anos de idade seria uma conduta radical visto que as mudanças são irreversíveis e podem levar a infertilidade⁴⁴². Após as avaliações físicas e psiquiátricas, os médicos entenderam que Josie era muito nova, inclusive para começar a terapia hormonal aos 9 anos de idade. Os especialistas do Childrens Hospital em Los Angeles procuraram sintomas consistentes, persistentes e insistentes do transtorno de identidade sexual na menina e, por alguma razão, não os encontraram naquele momento⁴⁴³.

Até aquela consulta os pais de Josie nunca duvidaram de que a menina estivesse em sofrimento e que, procurar os meios científicos para auxiliá-la, era a coisa certa a ser feita, até que, certa manhã, uma conversa entre Josie e sua mãe,

⁴³⁷ Modalidade de aprendizagem escolar realizada por professores particulares e desenvolvida na residência da menor.

⁴³⁸ *Ibid*

⁴³⁹ Documentário *Living a Transgender Childhood* **Disponível em** <http://www.youtube.com/watch?v=epDPui27QZQ>

⁴⁴⁰ *Ibid*

⁴⁴¹ *Ibid*

⁴⁴² *Ibid*

⁴⁴³ Documentário *Living a Transgender Childhood* **Disponível em** <http://www.youtube.com/watch?v=epDPui27QZQ>

trouxe à tona incertezas e pôs em xeque as condições de maturidade da menina para tomada de decisão.

Em um diálogo natural, ao auxiliar Josie a se arrumar pela manhã, a mãe da menina casualmente perguntou se lá no fundo, onde ninguém mais pode ver, Josie seria uma menina ou um menino e obteve uma espontânea resposta: “Talvez eu seja um menino por dentro e uma menina por fora”⁴⁴⁴ e o curto diálogo prosseguiu

- Hum? Isso é verdade? (Mãe de Josie)
- Oh, sim. É verdade. (Josie)
- Se você quisesse ser um menino você me diria? (Mãe de Josie)
- Hum...é.... (Josie)
- Ei! Se você quiser ser um menino você pode. (Mãe de Josie)
- Talvez eu possa ser um menino. Tenho que ouvir você. Você é minha mãe. Se você disser que tenho que ser um menino eu terei que ser. (Josie)⁴⁴⁵.

A mãe de Josie sentiu, no diálogo com a filha, certa indecisão. Foi a primeira vez que a menina se manifestou daquela maneira. Os médicos do Childress Hospital de Los Angeles entendem que a maior parte das meninas entre 9 e 10 anos não tem maturidade suficiente para uma tomada de decisão cuja consequência é definitiva como as terapias hormonais e a cirurgia de mudança de sexo. Este foi o ponto de verificação das consultas e entrevistas com a menina Josie Romero e a equipe a considerou imatura para tomada de decisão consciente, optando por uma conduta cautelosa de acompanhar a persistência e a consistência dos sintomas até o alcance a idade de 13 anos⁴⁴⁶.

A decisão da equipe do hospital de Los Angeles levou em consideração o tempo de maturação da circuitaria do córtex pré-frontal para que tomada de decisão seja livre e consciente. Por certo que em algumas pessoas o desenvolvimento desta circuitaria pode ser precoce, de sorte que para a segurança das relações médico paciente e a garantia da dignidade da pessoa portadora do transtorno de identidade sexual recomenda-se avaliação de caso a caso.

Para equipe deste hospital, crianças, entre 9 e 10 anos, ainda não estão certas de quem são e não há pesquisas suficientes, nem métodos eficazes para se

⁴⁴⁴ Documentário *Living a Transgender Childhood* Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=epDPui27QZQ>

⁴⁴⁵ *Ibid*

⁴⁴⁶ *Ibid*

determinar e garantir que um pessoa é realmente transexual. Diante disto, consideram importante tomar cautela com a aplicação da terapia hormonal, proporcionando à criança nestas idades, um tempo de dois ou três anos para ser acompanhada de perto por profissionais da saúde mental⁴⁴⁷.

Diante das questões propostas pelo caso Josie Romero, atenta-se às disposições do enunciado nº 4º da I Jornada de Direito Civil que recomendou que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”⁴⁴⁸. Vale atentar para a disposição do enunciado de sorte a perceber o caráter definitivo da disposição de situações jurídicas subjetivas propostas no caso em análise.

Josie Romero e sua família não medem esforços para que mudança de sexo ocorra ou que se paralise o desenvolvimento dos caracteres masculinos em razão da aproximação da puberdade. Todavia, Josie não alcançou as condições físicas e anatômicas para que a tomada de decisão seja segura, despertando na avaliação do caso pela equipe multidisciplinar a ausência de requisitos essenciais à tomada de decisão, ou seja, a habilidade para formar julgamentos e emití-los, bem como a habilidade para agir de modo livre e com intencionalidade, baseado em conhecimento e informações relevantes; talvez porque não consiga compreender a irreversibilidade da decisão⁴⁴⁹, Josie manifesta o desejo de ser mãe⁴⁵⁰.

O espaço de autonomia defendido por Rodotá propõe a percepção do caso para determinar a hipótese de aplicação da capacidade de agir da criança e do adolescente e, neste caso, surgem três perspectivas jurídicas de garantia da dignidade da menor, a saber: 1) Como titulares da dignidade da pessoa humana, a criança e o adolescente tem direito a um espaço de autonomia nas relações privadas familiares de sorte a possibilitar o livre desenvolvimento da

⁴⁴⁷ Documentário *Living a Transgender Childhood* Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=epDPui27QZQ>

⁴⁴⁸ I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciado nº 4. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4-jornadadircivilnum.pd> capturado em 20/12/2013 às 19:00

⁴⁴⁹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5 P. 218

⁴⁵⁰ Documentário *Living a Transgender Childhood* Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=epDPui27QZQ>

personalidade da menor antes de completar 13 anos de idade, ou seja, Josie pode manifestar-se socialmente como pessoa do gênero feminino; 2) A partir dos 13 anos de idade, com a maturação neuroanatômica e neurofisiológica, Josie poderá conscientemente decidir sobre fazer ou não a terapia hormonal, compreendendo as consequências de sua escolha, ciente da possibilidade de se tornar estéril, ou seja, de não poder gerar biologicamente seus filhos e, por fim, 3) aos 18 anos de idade, quando da entrada na fase adulta, a maturidade seja alcançada de maneira a verificar-se se as condições patológicas ainda são consistentes e persistentes o suficiente para a disposição definitiva do órgão sexual originário e à submissão a cirurgia de mudança de sexo.

Os critérios traçados tanto nos estudos de Leticia Martel quanto por Beuchamp e Childress serão analisados e aplicados a partir dos 13 anos de idade quando a ciência nos propõe segurança na tomada de decisão das pessoas menores. Antes disto, porém, em situações jurídicas existenciais irreversíveis, haverá um espaço em que se propõe adiar a tomada de decisão.

Conclusão

As inquietações sobre a perspectiva do exercício de situações jurídicas existenciais de crianças e adolescentes levaram a proposição do problema de pesquisa desta dissertação: *diante da aplicação de institutos patrimonialistas às relações jurídicas subjetivas existenciais, indagou-se se seria possível a aplicação de regime jurídico diverso para as relações jurídicas subjetivas que envolvem a tomada de decisão em crianças e adolescentes com vistas a assegurar o livre desenvolvimento da personalidade; a plenitude da dignidade da pessoa humana.*

Como hipótese, verificou-se a possibilidade da aplicação da metodologia de hermenêutica civil-constitucional a autorizar a correta utilização dos princípios constitucionais e permitir a correção da assimetria entre o homem proprietário e a pessoa. Esta metodologia aplicada ao caso em concreto permite a garantia de um espaço de liberdade, proposto por Rodotà onde não haveria intervenção do direito no que tange à autonomia para o exercício de situações jurídicas existenciais.

O estudo dos marcos teóricos desta pesquisa conduziu à necessidade da criação de critérios objetivos para a determinação da criança e do adolescente enquanto sujeitos do consentimento e para a validade procedimental do ato. Uma vez não estando verificados os critérios propostos por Letícia Martel, a criança e o adolescente retornam ao *locus* de proteção jurídica segundo a teoria da capacidade civil devendo ser representado ou assistido, conforme o grau de discernimento que apresente.

O estudo dos casos no capítulo 4 propôs uma construção em cadeia da argumentação traçada nos capítulos 2 e 3 e conduziram tanto à análise da hipótese levantada quanto às conclusões finais deste estudo. Assim, concluiu-se que:

- 1) Não se aplica a teoria da capacidade civil a situações jurídicas existenciais, quando não houver a interferência de situações jurídicas patrimoniais, uma vez que nestes casos, não comporão o núcleo patrimonial da pessoa, mas as condições sociais e pessoais para o livre desenvolvimento do ser humano.
- 2) Não se aplica a teoria da capacidade civil a situações jurídicas existenciais em razão da determinação do artigo 1º, III Carta Cidadã que elevou o ser

humano à razão normativa, e como fundamento do Estado Democrático de Direito o ser humano passou a ter caráter prevalente ante ao seu patrimônio.

- 3) Mantém-se a aplicação da teoria da capacidade civil quando envolver relações patrimoniais da criança e do adolescente em razão de sua pouca experiência e ingenuidade para lidar com as mazelas do mercado capitalista, carecendo assim de ação paternalista do Estado brasileiro.
- 4) A criança e o adolescente são titulares da dignidade da pessoa humana e devem ter sua opinião respeitada por terceiros de sorte a não criar espaços de exclusão jurídica dos mesmos.
- 5) Aplicar-se-á um novo regime jurídico ao caso em concreto, possibilitando a tomada de decisão da criança e do adolescente sempre que forem verificadas as condições para que os mesmos sejam considerados sujeitos do consentimento, ou seja, quando for verificada pela equipe médica multidisciplinar que a criança e o adolescente possuem a) habilidades desenvolvidas para formar julgamentos e emití-los, (b) habilidades para agir de modo livre e com intencionalidade, baseado em conhecimento e informações relevantes; (c) presença das habilidades no momento relevante para o consentimento.
- 6) Para a aplicação de um novo regime jurídico é necessário observar as condições de maturação cerebral do menor de sorte a respeitar o desenvolvimento da circuitaria do córtex pré-frontal, área neurológica responsável pela tomada de decisão consciente, o que ocorre, em geral, por volta dos 13 anos de idade, segundo as pesquisas realizadas na área da neuropsicologia.
- 7) Verificadas as condições de tomada de decisão pelo menor deve-se considerar a perspectiva procedimental sendo importante a atuação do sujeito informante e a documentação dos procedimentos que seguem: a) a competência do informado, b) a clareza da revelação da informação ao informado de maneira adaptada às condições de menor, c) o entendimento das informações pelo menor, d) a voluntariedade do informado na realização do ato de consentir.
- 8) Aplica-se a teoria realista sobre a capacidade de agir, sempre que a criança e o adolescente forem considerados sujeitos do consentimento

permitindo que a titularidade e a legitimidade para o exercício de direitos fundamentais da personalidade sejam então coincidentes.

- 9) Não se aplica a teoria realista sobre a capacidade de agir quando envolver a tomada de decisão da criança e do adolescente em situações jurídicas existenciais irreversíveis, cuja tomada de decisão se fará definitiva, sem a possibilidade de arrependimento. Garante-se o espaço de autonomia e dignidade do sujeito com o adiamento da tomada de decisão.

Por fim, e em resumo, verificou-se que o espaço de não direito proposto por Rodotá deverá ser analisado em cada caso, respeitando o desenvolvimento neuronal da criança e do adolescente de sorte que haverá três zonas de proteção jurídica destes menores com vistas a salvaguardar sua dignidade: 1) quando a situação jurídica existencial envolver tomada de decisão no que tange à dignidade enquanto autonomia e heterononia considerar-se-á um espaço de não direito, aplicando-se novo regime jurídico; 2) Em situações em que a tomada de decisão do menor puder ser reversível, haverá a possibilidade de arrepender-se e retomar ao estado anterior à decisão devendo ser aplicado novo regime jurídico ao menor considerado sujeito do consentimento; 3) Em situações em que a tomada de decisão envolver situações jurídicas existenciais irreversíveis, deve-se fazer todo esforço jurídico para garantir condições de dignidade psicofísica ao menor, sem, no entanto, aplicar-se novo regime jurídico, garantindo toda condição de assistência ao mesmo.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11º Ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Boética X Biodireito: influencias dos conceitos jurídicos**. In: Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf capturado em 03/12/2012 às 22:00

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e autonomia no final da vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. Vol.38. P.235 a 274, 2010. Disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930>.

BBC, Caso Hannah Jones. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-hereford-worcester-23770583> capturadas em 20/05/2013 às 23:00

BEAUCHAMP, L; Tom; CHILDRESS, F. James. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Consent in Law*. Oregon: Oxford and Portland, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Classificação internacional das doenças e transtornos mentais - CID 10
Informações disponíveis em
<http://www.psiqweb.med.br/site/DefaultLimp.aspx?area=ES/VerClassificacoes&idZClassificacoes=395>

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm capturado em 10/11/2013 às 23:30.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Nuno M.M. In: **O direito e o futuro da pessoa. Estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira Azevedo**. Organizadores: Rubens Beçak e Ignácio Maria Poveda Velasco. São Paulo: Atlas, 2011.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm capturado em 12/07/2013 às 23:00.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Lei 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm capturada em 12/11/2013 às 22:40

CUPIS, Adriano De. **Direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Resolução 217 A (II) da Assembléia Geral das Nações Unidas 10/12/1978. Disponível em

http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm capturada em 12/10/2013.

DICIONÁRIO Aurélio online. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/Pessoa.html> Acesso em: 20/12/2013.

Documentário **Living a Transgender Childhood** Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=epDPui27QZQ>

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPERIDIAO-ANTONIO, Vanderson et al . Neurobiologia das emoções. **Rev. psiquiatr. clín.**, São Paulo , v. 35, n. 2, 2008 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832008000200003&lng=en&nrm=iso Capturado em 08/01/2013).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei 8.069/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm capturado em 22/10/2013 às 22:00..

GRACIA, Diego at al. **Toma de decisiones em El pacient menor de idade.** Medicina Clinica. vol 117. n. 5, 07 de julho de2001. Disponível em <http://zl.elsevier.es/es/revista/medicina-clinica-2/toma-decisiones-paciente-menor-edad-13020572-bioetica-clinicos-2001#elsevierItemBibliografias> capturado em 16/01/2014 às 21:00

Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another.
Disponível em
http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm capturado
em 01/06/2013 às 22:00

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito Civil**. 19º Ed. Atualizadores Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HUXLEY, Aldous. **O admirável mundo novo**. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. 24 ed. São Paulo: Globo, 1998.

I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciado nº 4. Disponível em
<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pd> capturado em 20/12/2013 às 19:00

III JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciado nº 139. Disponível em
<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pd> capturado em 20/12/2013 às 19:00

JONES, Hannah; JONES, Kirsty. **Hannah's Choice**. London: HarperColinsPublishers, 2010. Tradução livre.

MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado**. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 46, abril/Junho, 2011.

MADALENO, **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida.** Tese de Doutorado defendida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. P. 394/395. Disponível em http://works.bepress.com/leticia_martel/5.

MATA, Fernanda Gomes da et al . **Avaliação neuropsicológica do processo de tomada de decisões em crianças e adolescentes: uma revisão integrativa da literatura.** *Rev. psiquiatr. clín.*, São Paulo , v. 38, n. 3, 2011. P. 107. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-

MAUSS, Marcel. **Sociología y antropología.** 1º Ed. Reimpressão, Madrid: Editora Tecnos, 1979.

MEIRELES, Rose de Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os direitos da personalidade.** In: **20 anos da Constituição cidadã de 1988. Efetivação ou impasse institucional.** José Ribas Vieira, organizador. Rio de janeiro: Forense, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade.** Disponível em <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf> capturado em 20/06/2013.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A utilidade dos princípios na aplicação do direito.** Editorial. In: **Civilística.com.** Revista eletrônica de direito civil. Ano 2. N. 1, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana. Estudos de Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Prefácio.

MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de Direito Civil - Constitucional. Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela d pessoa humana nas relações existenciais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAES, Reinaldo de. **A teoria do “menor maduro” e o seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da questão brasileira.** Dissertação de Mestrado. Universidade federal da Bahia – UFBA. Faculdade de Direito, 2011.

NUNES, Lydia Neves bastos Telles. **A pessoa natural e a relativização dos direitos da personalidade.** In: **O direito e o Futuro da Pessoa. Estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo.** Rubens Beçak e Ignácio Maria Poveda Velasco. São Paulo:: Editora Atlas, 2001.

Sentença do caso Cicarelli.
<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2011/09/08/sentenca-do-caso-cicarelli/>

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil.** vol.1. 26ª Ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de janeiro: Forense, 2013.

PRELINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: Ronovar, 2002.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RODOTÁ, Stefano. **Antropologia dell’ homo dignus.** In: **Civilística.com.** Revista eletrônica de direito civil. Ano 2. N. 1, 2003. Disponível em <http://civilística.com/wp-content/uploads/2013/01/Rodot%C3%A0-civ.a2.n1.2013.pdf> capturado em 15/06/2013.

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas. Entre El derecho y el no derecho.** Madrid: Editora Trotta, 2010. Tradução livre.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil. Teoria Geral.** Rio de Janeiro: editora Lumen júris, 2008.

SALA, Nuria Terribas I. **Aspectos legales de La atencion a menores de edad**. FMC, 2008; 15: (6), 367-373. Disponível em <http://www.fmc.es/es/aspectos-legales-atencion-los-menores/articulo/13124692/#.UuAmrvtTtnI> capturado em 21/01/2014 às 16:00

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e “Novos Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações**. Porto Alegre:Livraria do advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STANCIOLI, Brunelo. **Renúncia aos Direitos da Personalidade ou como alguém se torna o que quiser**.Tese de Doutorado. Belo Horizonte.Universidade Federal de Minas Gerais. U.F.M.G – Biblioteca Universitária, 2007.

STEFANO, Rodotá. **Autodeterminação e laicidade**. Traduzido por Carlos Nelson Konder. Originalmente publicado em *Perché laico*, 2. ed. Bari: Laterza, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: Temas de Direito Civil. 3ª Ed. ver. atual. Rio de Janeiro: renovar: 2004. P. 26-27.