

AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS DA PERSONALIDADE*

Rafael da Silva Rocha**

RESUMO: Os direitos da personalidade são inerentes à condição humana e, como tais, são irrenunciáveis e intransmissíveis. No entanto, além da renúncia e da transmissão, existem outras formas de disposição, que devem ser admitidas. O sujeito não pode transmitir o direito propriamente dito, mas pode ceder o exercício e até consentir na sua lesão, em situações excepcionais. Para tanto, em primeiro lugar, a vontade há de ser livre, sem influências de condicionamentos externos, e deve ser manifestada por um sujeito capaz de discernir, que esteja devidamente informado sobre as consequências dos seus atos. Além disso, para ser eficaz, o ato de disposição deve promover a dignidade da pessoa humana. Do contrário, desde que não seja ilícita, a conduta poderá até ser protegida pelo ordenamento jurídico a título de manifestação positiva da liberdade individual, mas não receberá sanção positiva nem negativa.

PALAVRAS-CHAVE: Relações existenciais. Dignidade da pessoa humana. Liberdade individual. Consentimento informado.

Introdução

Os direitos da personalidade vinculam-se de forma indissociável ao princípio da dignidade da pessoa humana e, por isso, são considerados *essenciais* e *inatos*. Ao nascer, toda pessoa torna-se titular de direitos inerentes à sua condição humana, como o direito à vida, saúde, integridade física, nome, imagem, honra e privacidade. Segundo a doutrina, são direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, dos quais ninguém poderia dispor.

Como explicar, então, fenômenos como a rede virtual *Facebook* e o programa televisivo *Big Brother*? Ao criar um perfil na rede social, o usuário permite que dados, fotos e mensagens pessoais sejam compartilhados com outros usuários - e ninguém paga ou recebe nada por isso. No caso do *reality show*, os participantes aceitam permanecer confinados em uma casa vigiada por câmeras, mas há um prêmio milionário em disputa. Ironicamente, enquanto muitas pessoas fazem questão de expor detalhes da sua intimidade à curiosidade alheia, outras alegam terem sofrido danos morais justamente porque tiveram um aspecto da sua vida privada divulgado indevidamente - isto é, sem a sua permissão. A única diferença entre as duas situações é o (des)respeito à autonomia da pessoa, que tem o direito de controlar o uso de sua imagem ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade.

Autonomia é um conceito de matriz kantiana que significa autodeterminação. Etimologicamente, vem do grego: *autos* ("eu mesmo", "si mesmo") e *nomos* ("lei, norma, regra"). Quem tem o poder de estabelecer a sua própria lei moral é autônomo e goza de autonomia ou liberdade. O contrário de autonomia é heteronomia, do grego: *hetero* ("outro") e *nomos*. Heterônimo é qualquer um que recebe de outro a sua lei, geralmente por não ter discernimento suficiente para a prática dos atos da vida civil.

* Enviado em 31/3, aprovado em 20/5 e aceito em 17/6/2011.

** Mestre em Direito Civil - Universidade do Estado do Rio de Janeiro; analista judiciário/executante de mandados - Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: rafaelrocha85@hotmail.com.

Acredita-se que todo ser racional seja capaz de autodeterminar a própria conduta. Basta que a sua vontade seja livre – isto é, que não esteja submetida à vontade de outra pessoa – e que o próprio indivíduo não esteja sob influência de impulsos, sentimentos ou emoções os quais não consiga controlar. Submeter um sujeito capaz à heteronomia seria o mesmo que tratá-lo como coisa, inerte, irracional, destituída de vontade própria. Além disso, não seria a melhor alternativa para promover o seu bem-estar, pois uma pessoa geralmente sabe qual é o seu interesse melhor do que qualquer outra (CHAUÍ, 2005, p. 307-309).

Portanto, é fundamental que cada pessoa seja livre para realizar as suas escolhas existenciais, como condição de afirmação positiva do pleno desenvolvimento da sua personalidade (BARBOZA, 2008, p. 410). Negar tal prerrogativa violaria o princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a liberdade sem limites poderia conduzir ao mesmo resultado, se a vontade do indivíduo bastasse para legitimar qualquer ofensa contra si.

Ao relacionar autonomia privada e direitos da personalidade, o presente trabalho investiga se é possível modificar o conteúdo de tais direitos ou acrescentar outros deveres jurídicos oponíveis *erga omnes*, por meio de uma simples manifestação de vontade. Desde logo, é possível adiantar que nem sempre o consentimento do interessado será relevante nesses casos. Assim, faz-se necessário identificar limites que não podem ser ultrapassados, sob pena de ineficácia do ato de disposição.

1 Autonomia privada patrimonial e existencial

Em sentido jurídico, a autonomia poderia ser entendida como capacidade de o sujeito de direito determinar seu próprio comportamento individual: abrange tanto as escolhas existenciais (“com quem manter relações de amizade e de amor”, “como se vestir e manter a aparência”, etc.) como a realização de negócios jurídicos (SARMENTO, 2006, p. 142). No entanto, esse é um campo demasiadamente amplo, visto que toda atividade humana poderia ser incluída na concepção de “autonomia individual” (BARBOZA, 2008, p. 409).

O conceito de autonomia individual corresponde à noção de liberdade jurídica, assim entendida a faculdade de agir lícitamente, na ausência de proibição (BORGES, 2007, p. 47-49). Trata-se do viés negativo da liberdade, que é tutelada se não for proibida. Livre de interferências externas sobre si, o sujeito tem autonomia para criar, modificar ou extinguir situações jurídicas de acordo com as suas próprias escolhas individuais (AMARAL, 2003, p. 348-350). Portanto, autonomia e liberdade são as duas faces de uma mesma moeda.

São atos de autonomia individual todos aqueles realizados pela pessoa, individualmente considerada – mesmo quando a autonomia se reduz à iniciativa, nos atos não negociais (AMARAL, 2003, p. 77). Assim, a autonomia individual compreende, a um só tempo, os negócios jurídicos, de cunho patrimonial ou existencial; os atos jurídicos

stricto sensu; e os atos meramente lícitos. Apenas ficam de fora os atos antijurídicos (ilícitos ou abusivos), que, contrários ao ordenamento jurídico, dele recebem uma sanção negativa, não desejada.

Ao lado dos atos que criam, modificam e extinguem relações jurídicas, há condutas “meramente lícitas”, que são protegidas pelo ordenamento, mas não recebem sanção positiva nem negativa. Para Orlando Gomes, os atos meramente lícitos “não são fatos jurídicos, não entram, por outras palavras, no mundo jurídico” (2008, p. 218). Seria o caso da gestação de substituição (“barriga de aluguel”), que, apesar de ser considerada não tutelada pela maior parte da doutrina, não configura crime nem ilícito civil (BORGES, 2007, p. 49).

Portanto, nem todos os atos permitidos geram consequências jurídicas. Os atos humanos que recebem sanção positiva – isto é, que “entram no mundo jurídico como ato” –, só podem ser de dois tipos: atos jurídicos *stricto sensu* ou negócios jurídicos.

Embora não sejam negociais, os atos jurídicos *stricto sensu* não se confundem com os atos meramente lícitos, que não determinam aquisição, conservação, transferência, modificação ou extinção de direitos. Nos atos jurídicos *stricto sensu*, a vontade é manifestada sem escolha de categoria jurídica, e os efeitos decorrem invariavelmente da lei. Por isso, não se exige uma vontade qualificada, sem vícios; bastaria o simples comportamento do agente para tornar concreto o suporte fático preestabelecido (GONÇALVES, 2009, p. 304-305).

Como o efeito da manifestação de vontade está predeterminado na lei e não pode ser alterado, o ato jurídico em sentido estrito não constitui exercício de autonomia privada (GONÇALVES, 2009, p. 304-305). Na definição de Orlando Gomes (2008, p. 239-245), autonomia privada é um poder de disposição, concedido ao sujeito, por meio do qual ele modifica uma relação jurídica preexistente, admitida e regulada, *in abstracto*, na lei. Logo, é por meio da autonomia privada que o sujeito realiza livremente os seus negócios e, o mais importante, determina os respectivos efeitos.

Enquanto os atos jurídicos *stricto sensu* produzem efeitos *ex lege*, independentemente da vontade de quem age; nos negócios jurídicos, ao contrário, os efeitos são intencionalmente desejados pelo agente (*ex voluntate*). Pela declaração de vontade, é possível constituir, modificar ou extinguir certos tipos de relações jurídicas. Aliás, esse é o objetivo de quem emite a vontade: produzir um determinado efeito jurídico. Por tais razões, conclui-se que o “negócio jurídico é o meio para a realização da autonomia privada” (LOTUFO, 2003, p. 271-272).

Segundo Pietro Perlingieri, a autonomia negocial, espécie do gênero autonomia privada (ao lado da autonomia contratual), manifesta-se com a realização de um negócio de qualquer forma ou conteúdo – não só negócios bi ou plurilaterais de conteúdo suscetível de apreciação econômica, como também negócios unilaterais e *não patrimoniais*. Porém, o autor deixa clara a inadequação dos atos de autonomia negocial de conteúdo existencial aos moldes contratuais, criados para atender à lógica individualista do ter (PERLINGIERI, 2008, p. 334-350).

No plano das relações existenciais, a autonomia privada é um importante instrumento de regulamentação de interesses, sem o qual o titular não se desenvolve como pessoa. Admite-se a celebração de negócios jurídicos não patrimoniais, a exemplo do consentimento para um transplante, da doação de sangue e da cessão do uso da imagem e do nome de uma pessoa, pois o negócio jurídico é categoria mais ampla que o contrato e envolve manifestação de autonomia privada, seja de caráter patrimonial ou não (BORGES, 2007, p. 50-51).

Toda manifestação de vontade que se destina a produzir efeitos jurídicos, livremente assumidos, necessariamente criando, modificando ou extinguindo uma relação jurídica sobre algum aspecto da personalidade humana, seria um ato de autonomia privada existencial. Uma eventual dificuldade em situá-lo na tradicional classificação dos atos jurídicos não significa que ele não exista nem que, a todo custo, tenha de ser adequado àquela classificação para ser digno de tutela (MEIRELES, 2009, p. 88).

Por outro lado, não é mais possível adotar a posição tradicional, no sentido de que a autonomia privada seria um espaço de liberdade onde as pessoas poderiam desenvolver as atividades que bem entendessem. Conforme Pietro Perlingieri (2002, p. 279), a autonomia privada deixou de ser um valor em si, só sendo merecedora de tutela se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento.

Assim, para merecer tutela, todo ato de autonomia privada - patrimonial ou existencial - deve se submeter a um juízo de valor para que se verifique se os seus efeitos correspondem à função que deveria realizar, de acordo com o fundamento constitucional. Enquanto a livre iniciativa econômica (artigo 170 da Constituição Federal) é a base constitucional dos atos patrimoniais, o fundamento da autonomia privada nas situações existenciais encontra-se na própria dignidade humana (PERLINGIERI, 2002, p. 18-19).

2 Disponibilidade dos direitos da personalidade

Da forma como é interpretado o artigo 11 do Código Civil, o sujeito não poderia autolimitar os seus direitos da personalidade de forma permanente nem geral. Nesse sentido, admite-se que o *exercício* de algumas faculdades exclusivas do titular seja objeto de cessão, gratuita ou onerosa, mas nunca o direito propriamente dito, na forma do Enunciado nº 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Assim, nenhum efeito teria a manifestação de vontade através da qual o indivíduo transmitisse a outrem, de modo definitivo, o poder de decidir como a sua imagem, por exemplo, deveria ser utilizada dali em diante; o negócio jurídico seria nulo de pleno direito.

No entanto, além da renúncia e da transmissão, existem outras formas de dispor sobre os direitos da personalidade, que devem ser admitidas. De outro modo, simplesmente não haveria autonomia privada existencial. Afirmar que o sujeito só teria autonomia para decidir as questões relativas a si mesmo, à sua existência como pessoa, nos casos previstos em lei, seria o mesmo que negar a própria dignidade, que se concretiza também pela liberdade (MEIRELES, 2009, p. 187).

Cabe apenas ao sujeito decidir o que é melhor para si, podendo até restringir o exercício de um direito da personalidade ou consentir na sua lesão, se assim o desejar. Desse modo, ele exerce sua autonomia privada existencial. Porém, nem sempre o consentimento do titular atingido justifica uma lesão à sua dignidade, pois nem tudo que é desejado pelas partes merece tutela (PERLINGIERI, 2008, p. 343).

Um exemplo: é permitido dispor do próprio corpo para depois da morte, com fins científicos ou altruísticos, na forma do artigo 14 do Código Civil. Nesses casos, os familiares são obrigados a respeitar a vontade do falecido - ou até mesmo realizá-la -, ainda que com ela não concordem, pois se trata de um negócio jurídico unilateral (assim como o testamento). Por outro lado, se uma pessoa quiser que o seu cadáver seja exibido em praça pública - desejo que não tem finalidade científica, nem altruística, senão macabra -, a sua declaração de vontade será ineficaz e ninguém será obrigado a respeitá-la, já que o sujeito não tem autonomia para dispor nesse sentido.

Ao desenvolver a sua personalidade, o sujeito pode criar, modificar e extinguir situações jurídicas ativas para si, podendo, então, exigir dos outros um dever *positivo* de cooperação para a realização do seu interesse existencial. Portanto, por intermédio de manifestações de vontade em relação ao seu corpo, o sujeito pode criar deveres jurídicos para outras pessoas que não estão previstos em lei. Basta que a colaboração de terceiros seja indispensável para que ele realize um interesse existencial digno de proteção jurídica, sendo desnecessário haver "autorização legal" para tanto.

A autonomia do indivíduo sobre si abrange o poder de agir sobre o seu corpo, mas nem sempre as ações nesse sentido têm consequências jurídicas. Quando uma pessoa corta suas unhas ou pinta seus cabelos, por exemplo, o que se tem é o simples exercício do direito sobre o próprio corpo. Esse direito, apesar de não criar, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, também merece proteção jurídica.

Ninguém pode, por vontade própria, dispor do seu *status* de pessoa - consentindo em ser discriminado ou marginalizado do grupo social a que pertence, renunciando ao direito de realizar as suas escolhas individuais ou reduzindo a própria integridade -, senão por motivos relevantes, fundados na própria dignidade. Não se trata de um paternalismo, e sim de tutelar apenas os atos que promovem a realização da dignidade da pessoa humana, direcionando o exercício da autonomia privada existencial para esse fim, considerado "socialmente útil" (PERLINGIERI, 2002, p. 18-19).

Em condições normais, ninguém deseja abrir mão da própria dignidade. No entanto, o indivíduo pode não saber o que está fazendo, por não ter discernimento ou conhecimento suficiente para compreender as consequências do ato, ou simplesmente estar fragilizado pelas circunstâncias ou por uma condição pessoal desfavorável. Esse seria o caso dos menores, dos deficientes, dos detentos e dos doentes terminais. A relevância do consentimento dessas pessoas deverá ser excluída, quando não for possível pensar em liberdade de escolha (crianças), ou limitada, quando a manifestação de vontade tiver sido determinada exclusivamente por uma condição pessoal (detentos que participam de experimentações científicas, por exemplo) (RODOTÁ, 1995, p. 168).

A liberdade é apenas uma das dimensões da dignidade a serem realizadas no caso concreto, além da igualdade, da solidariedade e da integridade psicofísica (MORAES, 2003, p. 85). Carlos Nelson Konder (2003, p. 61-62) sustenta que deveria haver a restrição ou mesmo a eliminação do arbítrio individual, quando este levasse a diminuir algum dos aspectos da dignidade. No entanto, diante da incoercibilidade das situações jurídicas existenciais, insuscetíveis de execução específica, a única solução possível para os casos em que o sujeito atenta contra a própria dignidade parece mesmo ser negar a sua autonomia - no sentido de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas -, a fim de que o consentimento seja ineficaz e a situação preexistente não seja modificada. Assim, protege-se a dignidade da pessoa mediante o sacrifício de sua vontade (KONDER, 2003, p. 41).

3 Limites à autonomia privada existencial

Não se sabe, ainda, até onde a pessoa pode dispor de si, do seu destino, do seu próprio corpo, ou até onde a autonomia privada existencial pode avançar sem ferir a ordem pública, a moral e os bons costumes (MORAES, 2003, p. 104). Além de não atingir tais limites externos, o sujeito deveria promover, por meio de suas ações, os valores que fazem parte do projeto constitucional, quais sejam: igualdade, solidariedade, dignidade e justiça social, "limites internos" à autonomia privada, na expressão de Pietro Perlingieri (2008, p. 358). Se, por um lado, cada um deve poder realizar suas próprias escolhas individuais, sem interferências de nenhum gênero; por outro, a autonomia privada existencial não é um poder atribuído apenas para a realização de interesses pessoais e egoístas do titular, uma vez que toda situação subjetiva deve promover, também, interesses sociais.

Existem opiniões contrárias à definição de limites à autonomia privada no interesse do próprio indivíduo. Insurge-se parte da doutrina contra o paternalismo excessivo do Estado, que não deveria ir a ponto de proteger a pessoa dela mesma. De fato, as restrições à autonomia privada não podem ser movidas por propósitos perfeccionistas, pois não cabe ao Estado determinar como as pessoas devem orientar as suas vidas, e sim auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas (SARMENTO, 2006, p. 157-158).

Desse modo, o Estado deveria intervir apenas para tornar efetivas as decisões e juízos de valor de cada indivíduo, seja com restrições à autonomia privada fundadas na proteção da dignidade de cada pessoa, segundo o grau de vulnerabilidade que ela apresenta, seja com medidas paternalistas em sentido estrito, para suprir a ausência de discernimento do incapaz (SILVA, 2006, p. 152).

As pessoas submetidas à dominação apresentam uma característica em comum: a vulnerabilidade - do latim *vulnerabilis*, "que pode ser ferido"; de *vulnerare*, "ferir"; de *vulnus*, "ferida". Em razão de uma peculiar situação - patrimonial ou existencial - de vulnerabilidade, certas pessoas devem ser consideradas merecedoras de proteção especial, como o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso e vários grupos minoritários,

como os doentes, os portadores de necessidades especiais, os homossexuais, os transexuais, etc. (BARBOZA, 2008, p. 418-419).

Por muito tempo, acreditou-se que a igualdade de todos perante a lei fosse suficiente para garantir que cada indivíduo pudesse realizar seu projeto de vida. Embora tenha sido um significativo avanço social à época em que foi implementada, a igualdade formal, em muitos casos, não passa de uma ficção jurídica, devido às circunstâncias que tornam as pessoas desiguais entre si. Aliás, é bastante comum que uma pessoa esteja subordinada de modo irresistível a outra, geralmente por razões socioeconômicas. Se nada for feito para reduzir o comprometimento da autonomia da “parte mais fraca” da relação, a sua liberdade de escolha praticamente desaparece (BARBOZA, 2008, p. 418-423).

Logo, a autonomia de quem esteja em situação de desigualdade deve ser protegida, quando não encorajada (e nunca preterida). Para tanto, é preciso atentar para as peculiaridades de cada grupo social, dando-se um tratamento adequado a cada “situação substancial específica”, seja estabelecendo a igualdade material entre as partes (da relação de consumo, por exemplo) seja atribuindo um grau de autonomia condizente com o desenvolvimento da pessoa (absoluta ou relativamente incapaz) (BARBOZA, 2008, p. 418-423).

Por ser um instituto que não cuida da pessoa do incapaz, mas de seus bens, a incapacidade civil não deveria ser o critério decisivo para definir se alguém está ou não apto a realizar suas escolhas existenciais. Como afirma Heloisa Helena Barboza (2008, p. 417), não há como negar aos que têm sua capacidade civil restringida, evidentemente nos limites do razoável, o poder de decisão com relação a determinados atos do cotidiano e mesmo da vida civil. Sempre que possível, as pessoas devem auto-determinar a própria conduta, sejam elas capazes ou incapazes juridicamente, pois, de outro modo, não poderiam ser consideradas realmente livres e iguais às outras - o que atingiria a sua dignidade (BARBOZA, 2008, p. 418-423).

A afirmação que Heloisa Helena Barboza faz a respeito da participação de seres humanos em pesquisas científicas é de toda pertinência, sendo válida para qualquer manifestação de vontade: o consentimento do sujeito deve ser livre, voluntário, sem que haja sobre ele nenhum tipo de coerção física, psicológica ou econômica (2009, p. 228). Se, por qualquer motivo, a declaração de vontade não tiver sido realmente *livre*, ela sequer deveria ser considerada, pois, sem liberdade, não existe autonomia.

No caso do lançamento de anão, por exemplo, o Conselho de Estado francês acolheu o entendimento de que “o respeito à dignidade da pessoa humana, conceito absoluto que é, não poderia [...] comportar quaisquer concessões em função de apreciações subjetivas que cada um pode atribuir à sua pessoa”. Mesmo sendo voluntário, o comportamento do anão era contrário à sua dignidade. Por isso, o consentimento em relação ao tratamento degradante que ele recebeu teria sido “juridicamente indiferente” (MAURER, 2009, p. 129).

Já o terceiro que colabora com a realização de um interesse existencial pode até ser responsabilizado, apesar do consentimento do interessado, se o ato de disposição causar dano ao indivíduo e não estiver de acordo com o livre desenvolvimento da

sua personalidade - não sendo, por isso, merecedor de tutela. A esse respeito, Pietro Perlingieri (2002, p. 299) afirma que o simples consentimento de quem tem o direito não é suficiente para tornar lícito o que para o ordenamento é objetivamente ilícito nem pode, sem um retorno ao dogma da vontade como valor, representar um ato de autonomia de per si merecedor de tutela.

Em suma, informação, discernimento e ausência de condicionamentos externos (de modo que a vontade seja livre, sem vícios) são os únicos limites à autonomia privada existencial, desde que o ato não seja não seja proibido ou exigido pelo princípio da dignidade da pessoa humana ou por qualquer outra norma jurídica de ordem pública.

4 Dois casos paradigmáticos: a autonomia dos transexuais e das testemunhas de Jeová

Não há como conceber a pessoa humana sem a proteção da vida e da integridade física: são valores fundamentais do ordenamento jurídico. Certamente por isso, a lei veda o auxílio ao suicídio (art. 122 do Código Penal) e a diminuição permanente da integridade física por ato de disposição do próprio corpo (art. 13 do Código Civil).

Apesar disso, são tratadas como situações excepcionais a condição de transexual, que deseja se submeter a intervenções cirúrgicas para adaptar o corpo à forma do sexo oposto, e de testemunha de Jeová, que é predisposta a rejeitar tratamentos vitais por motivo de convicção religiosa. Tais casos difíceis foram selecionados e serão analisados detidamente pois, na indispensável ponderação entre bens jurídicos essenciais, a autonomia do indivíduo adquire considerável peso.

Considerando o conceito de dignidade “ambíguo” e “insatisfatório”, Stefano Rodotà propõe que os limites ao exercício das situações existenciais a esse título sejam estabelecidos em favor da integridade da pessoa e, mais precisamente, da manutenção das suas funções. Assim, tanto os atos de disposição permanente do próprio corpo quanto as intervenções externas para adequá-lo a um padrão de normalidade seriam inadmissíveis. (RODOTÀ, 1995, p. 167-174).

A autolesão não é admitida no Direito brasileiro, pois, além de não realizar a dignidade do indivíduo que assim procede (ou com ela consente), o ato de disposição é proibido por lei, salvo por “exigência médica”. Carlos Nelson Konder (2003, p. 64-67) interpreta essa expressão do artigo 13 do Código Civil como sendo “finalidade terapêutica”, a justificar a diminuição à integridade física em caráter permanente em casos como o dos transexuais, em que se verifica uma “situação de incompatibilidade entre o sexo psíquico e aquele que se apresenta biologicamente”.

Por outro lado, se a autolesão é realizada com o intuito de obter vantagem indevida - como o pagamento de indenização de seguro ou o afastamento do serviço por motivo de saúde -, o ato é ilícito, sobretudo por ter sido praticado em “fraude à lei” (assim entendido o meio utilizado para afastar a aplicação de norma imperativa) (BORGES, 2007, p. 199-200). Por disposição de vontade, ninguém pode modificar o seu estado pessoal e adquirir a condição jurídica de *deficiente físico* - muito menos por

meio de ato ilícito. Neste caso, o sujeito não deveria ser tratado como tal para nenhum fim de Direito (concessão de pensão por incapacidade laborativa, reserva de vagas em concursos públicos, etc.).

Do mesmo modo, somente as cirurgias de mudança de sexo realizadas com finalidade terapêutica deveriam conferir aos transexuais o direito de alterar o prenome (com base no parágrafo único do artigo 55 da Lei nº 6.015/73) e o sexo indicados no Registro Civil, o que tem sido reconhecido pela jurisprudência sem que haja nenhuma menção ao fato na certidão de nascimento (STJ, *Resp nº 1.008.398*, DJE de 18/11/2009, p. 192-194).

No entanto, se a cirurgia for realizada em pessoa saudável, desatendendo a Resolução nº 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, o médico sujeita-se a sanções disciplinares e ainda responde pelos danos causados, na condição de alguém que praticou um *ilícito*. Afinal, da sua colaboração surgiu um dano: não é possível tratar a autorização para a cirurgia como uma excludente de ilicitude, pois o sujeito só seria autorresponsável se a situação jurídica existencial fosse disponível (MEIRELES, 2009, p. 269). Portanto, quando não se tratar de um caso de “disforia de gênero”, o consentimento do paciente para o tratamento é ineficaz.

É importante ressaltar que, com o advento da Portaria nº 1.707/2008, do Ministério da Saúde, o procedimento cirúrgico deixou de ser a única meta terapêutica. Ao instituir, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), um “processo transexualizador”, marcado por uma atenção *integral e humanizada* à diversificada população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTT), o Governo Federal mostrou-se sensível a outras demandas, pois nem sempre os membros desses grupos desejam realizar a cirurgia de transgenitalização.

Por outro lado, afirma-se que o paciente que esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais poderia recusar qualquer tipo de intervenção médica, desde a simples ingestão de medicamentos até procedimentos cirúrgicos (BORGES, 2007, p. 204). No entanto, se o paciente aparenta estar lúcido e toma uma decisão que coloca a sua vida em risco, ele cria um dilema para a equipe médica: desrespeitar a autonomia do paciente e salvá-lo ou atender a sua vontade, deixando-o morrer?

Em regra, a autodeterminação do paciente só se realiza com a colaboração do destinatário da declaração de vontade - o médico, a quem compete materializá-la. Todavia, ao respeitar as convicções religiosas e culturais do indivíduo, o médico também participa da lesão ao autor da deliberação - e consequências graves podem advir da sua cooperação, até mesmo a morte do paciente. Na prática, além da responsabilização civil, os médicos temem enfrentar possíveis acusações de auxílio ao suicídio e omissão de socorro (artigos 122 e 135 do Código Penal). Por isso, muitos deles desconsideram a vontade do paciente e solicitam autorização judicial para realizar a intervenção, mesmo sem o consentimento do interessado.

Não se deveria cogitar de responsabilidade médica nos casos em que o profissional deixa de efetuar o tratamento por respeito à vontade e aos valores pessoais da vítima (BARBOZA; MORAES; TEPEDINO, 2006, p. 880). Afinal, o dever do médico de cuidar

do paciente termina quanto este, após ter recebido todas as informações, opõe-se ao tratamento. Em outras palavras, a ilicitude da não intervenção poderia ser excluída pelo consentimento do ofendido, que assumiria sozinho as consequências do ato, segundo o princípio da autorresponsabilidade (MEIRELES, 2009, p. 268-269).

Todavia, como afirma Stefano Rodotà (1995, p. 167), o consentimento (ou dissentimento) do interessado é condição necessária, mas não suficiente. Havendo risco de vida para o paciente, o profissional de saúde só será obrigado a respeitar a sua vontade se não for arbitrária, e sim baseada em algum motivo relevante, fundado na dignidade do autor da deliberação (BARBOZA, MORAES, TEPEDINO, 2006, p. 41). Do contrário, a recusa seria nula, por não ser digna de tutela jurídica, e o médico deveria realizar a intervenção. Consequentemente, a decisão do paciente de não se sujeitar a um tratamento específico, com possibilidade de morte, só deveria ser respeitada se estivesse de acordo com uma “estrutura de valores que a pessoa *autonomamente* assumiu para si” (PEREIRA, 2004, p. 104).

Assim deve ser avaliada a escolha do paciente que, por motivos religiosos, se recusa a receber o sangue de outras pessoas, ainda que a transfusão seja necessária para salvar a sua vida. Embora as testemunhas de Jeová não admitam que sejam suicidas, o paciente que recusa a transfusão de sangue, quanto esta é o único meio possível para salvar a sua vida, está contando com a possibilidade de morrer. Por esta razão, Carlos María Romeu Casabona (2002, p. 13-14) sustenta que haveria uma “vontade de morrer”, pelo menos indireta, que, do ponto de vista jurídico, aproximaria a recusa do paciente a uma atitude suicida.

Há quem entenda que o dissenso ou a ausência de consentimento do paciente seria irrelevante – neste caso, em face do “dever de cura” do médico, do qual ele se desincumbe através de um “poder de intervenção”. Embora a saúde seja um direito fundamental, não se admite que o dever de cura despreze a autonomia do paciente, que tanto pode aceitar como recusar qualquer tratamento. No entanto, a negativa só é admissível se ele tiver compreendido as consequências da sua decisão e manifestar a sua vontade, ainda que de forma antecipada, livre de pressões externas (RODOTÀ, 1995, p. 168-169).

Nesse sentido, André Gonçalo Dias Pereira (2004, p. 206) registra que alguns pacientes, testemunhas de Jeová, mudaram de opinião quanto à utilização de transfusões de sangue quando foram levados para enfermarias sem o acesso dos familiares. Para que o consentimento seja, de fato, “livre”, o paciente não pode sofrer nenhuma influência, pressão por parte do médico, família ou amigos; coação física, psíquica ou moral; fraude; indução ao erro; ou, por qualquer outra forma, óbice para manifestar livremente a sua vontade pessoal, consentindo que o médico realize ou não determinado procedimento.

A Resolução nº 1.021/80, do Conselho Federal de Medicina, foi editada com o propósito declarado de solucionar o “problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da testemunha de Jeová em permitir a transfusão sanguínea”. Na ocasião, concluiu-se que a transfusão de sangue deveria ser realizada, a despeito da oposição do paciente (“por motivos diversos, inclusive os de ordem religiosa”), sempre que houvesse perigo iminente de vida.

No entanto, salvo melhor juízo, essa orientação não deveria mais prevalecer, nos dias atuais, por desconsiderar completamente a autonomia do paciente, que pode recusar qualquer tratamento, seja por convicções religiosas ou não, se for uma decisão livre, mesmo com risco de morte.

Para a segurança de ambos, médico e paciente, recomenda-se que a recusa ao tratamento seja apresentada por documento escrito, com descrição minuciosa da conduta médica a ser adotada e os riscos da não realização do tratamento, em linguagem compreensível para que o paciente entenda. Assim, haveria prova suficiente de que ele opôs-se à intervenção médica, de maneira livre e esclarecida.

Conclusão

Os direitos da personalidade existem para proteger atributos essenciais da condição humana. Assim, para construir a própria identidade, é fundamental que cada indivíduo possa exercê-los segundo os seus valores pessoais. Não há como negar, portanto, que há espaço para a autonomia privada nas relações existenciais. Livre para agir com eficácia jurídica, a pessoa modifica situações preexistentes e pode até afastar a aplicação de normas imperativas se houver um motivo relevante, fundado na sua dignidade.

É pela regulamentação dos seus interesses existenciais que o indivíduo desenvolve a sua personalidade, exercendo um poder de autodeterminação do qual não pode ser privado, sob pena de ser reduzido à condição de objeto. Se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza (CHAUÍ, 2005, p. 308), seria indigno tudo o que pudesse negar a autonomia do indivíduo para determinar o conteúdo e a disciplina das relações que dizem respeito à sua existência como pessoa.

Ser livre para realizar escolhas existenciais significa, acima de tudo, poder decidir como a própria dignidade deve ser protegida - sem ofendê-la, naturalmente. Para ser eficaz e merecer tutela jurídica - e, assim, criar, modificar ou extinguir relações jurídicas -, o ato de autonomia privada existencial deve realizar esta função: promover a dignidade do autor da deliberação. Talvez seja mesmo uma função *social*, pois o respeito à dignidade de cada pessoa é uma questão de ordem pública, que interessa a toda a sociedade.

Por outro lado, a pessoa pode achar que o ato lesivo não contraria a sua dignidade. A concepção subjetiva de "dignidade para si" é condicionada pela educação, pelo contexto social, pela imagem que os outros fazem dela. Segundo Béatrice Maurer (2009, p. 128-130), "a valorização extrema do indivíduo e daquilo que ele pensa ser verdade é certamente a maior ameaça para a dignidade da pessoa humana no Ocidente". Assim, para chegar a uma concepção de dignidade mais próxima da verdade, o indivíduo deveria aceitar questioná-la permanentemente, fazendo-a evoluir até a "dignidade para nós", rumo ao conceito de "dignidade em si" - sendo o conhecimento "em si" o objetivo de qualquer investigação filosófica.

Ainda que o comportamento do indivíduo seja nocivo a ele mesmo, o ato meramente lícito, que não tem o condão de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, será merecedor de tutela, como manifestação positiva da liberdade individual. Nenhum juízo de valor adicional deve ser feito sobre esses atos existenciais que não produzem efeitos jurídicos, nem mesmo em relação aos seus motivos, desde que não sejam ilícitos.

Aliás, não é a pessoa que deve desempenhar uma função social, e sim os atos de autonomia privada que ela realiza, sejam eles existenciais ou patrimoniais. Em relação à sua atividade “não jurídica” - assim entendido o conjunto de manifestações da personalidade sobre as quais o Estado sequer deveria se pronunciar (a não ser para considerá-las manifestações positivas da liberdade individual) -, pouco importa se as escolhas pessoais do indivíduo prejudicam interesses coletivos, pois a dignidade das outras pessoas não é atingida, senão indiretamente.

Portanto, nem mesmo o Estado deveria interferir nessas escolhas, sendo inconstitucionais as leis que submetem aspectos da vida privada do indivíduo a um controle externo, por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como afirma Pietro Perlingieri (2008, p. 264), não são legítimas as restrições legislativas que não tenham justificção constitucional relevante no contexto que explica a autonomia. No caso das relações existenciais, o contexto é a proteção da dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Admitir que somente a própria pessoa tem legitimidade para definir os rumos da sua vida pode significar o primeiro passo em direção à proteção jurídica do “espaço da exclusividade pessoal”, na expressão de Hannah Arendt (apud COSTA, 2009, p. 314), contra qualquer tipo de intervenção externa, até mesmo de amigos e familiares. Além da tutela negativa, cada pessoa deveria dispor das condições mínimas para exercer o seu *status personae*, contando com a colaboração do Estado e das outras pessoas quando necessário.

PERSONALITY RIGHTS AND PRIVATE AUTONOMY

ABSTRACT: Personality rights are inherent to the human condition and therefore are non-renounceable and not transferable. However, besides renouncement and transmission, there are other ways of disposal, which must be accepted. The person cannot transmit the right itself, but may transfer the exercise and might consent to its injury, in exceptional situations. Firstly, it is required a free will, with no influence of external constraints, and must be a decision manifested by a subject able to discern, properly informed about the consequences of his actions. Furthermore, to be effective, the act of disposal must promote human dignity. Otherwise, unless it is illegal, the conduct is likely to be protected by law as a positive manifestation of individual freedom, but will not receive a positive or negative sanction.

KEYWORDS: Existential relations. Human dignity. Individual freedom. Informed consent.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

_____. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 205-233.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.008.398*, 3ª Turma. Relatora: min. Nancy Andrighi. J.: 15/10/2009. Publ. DJe: 18/11/2009. p. 192-194.

CASABONA, Carlos María Romeo. Libertad de conciencia y actividad biomédica In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1-70.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2005.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. I: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito. Os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 15, jul./set. 2003. p. 41-71.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. V. 1: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 119-143.

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

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

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.