

A presente coletânea foi concebida na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro durante todo o primeiro semestre de 2015 no I Ciclo Nacional de Palestras sobre Temas Emergentes em Direitos Humanos com Jovens Mestres e Professores. O objetivo do Ciclo foi permitir o intercâmbio acadêmico e científico entre alunos de graduação e pós-graduação *stricto sensu*, assim como o aprofundamento das pesquisas de jovens Mestres e Professores de várias instituições de ensino superior brasileiras. O espaço acadêmico plural e o tempo de maturação de todo um semestre do Ciclo conferiram a esta coletânea sobre Direitos Humanos não somente um aspecto viáz e rico em razão da diversidade de problemas e perspectivas aqui compiladas, como também um frescor típico do estado de coisas do presente. A força motriz do Ciclo, e que ora encontra expressão nesta coletânea de artigos, é a de afastar a equivocada noção de que os Direitos Humanos são mera abstração intelectual sem nenhuma efetividade. Para nós, os Direitos Humanos pulsam como um organismo vivo, nascem de ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, e florescem na luta cotidiana de conquista e defesa de seu espaço. E nada melhor para expressar sua atualidade e efetividade do que confrontar, como tentamos nesta coletânea, nossos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade com problemas atuais como os da exclusão social de minorias, do terrorismo, da invasão da privacidade de novas tecnologias entre outros. Acreditamos que os leitores têm aqui um excelente apoio para a reflexão e discussão de temas tão atuais.

A Vida dos Direitos Humanos: Reflexões sobre Questões Atuais

Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Gustavo Augusto Ferreira Barreto

A Vida dos Direitos Humanos: Reflexões sobre Questões Atuais

Ana Paula Barbosa-Fohrmann
Gustavo Augusto Ferreira Barreto



ISBN 978-85-5968-022-8

gramma



Gramma Livraria e Editora

Conselho Editorial: Mirian Goldenberg, Ivair Reinaldim, Geraldo Tadeu Monteiro, Lúcia Helena Salgado e Silva, Maria Cláudia Maia, Bethania Assy, Gláucio Marafon, Francisco Carlos Teixeira da Silva, João Cézar de Castro Rocha, Silene de Moraes Freire e Maria Isabel Mendes de Almeida.

Produção Editorial

Coordenação Editorial: Gisele Moreira

Revisão: Gramma Editora

Capa: Gramma Editora

Diagramação: Leonardo Paulino Santos

V648 A vida dos direitos humanos: reflexões sobre questões atuais /
coordenação [de] Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Gustavo
Augusto Ferreira Barreto. – Rio de Janeiro: Gramma, 2016.
258 p. : il. ; 23 cm.

ISBN 978-85-5968-092-8

1. Direitos humanos - Brasil. 2. Minorias - Brasil. 3. Direitos
fundamentais. 4. Problemas sociais. I. Barbosa-Fohrmann, Ana Paula,
coord. II. Barreto, Gustavo Augusto Ferreira, coord. III. Título.

CDD 341.4809

Gramma Livraria e Editora

Rua da Quitanda, nº 67, sala 301

CEP.: 20.011-030 – Rio de Janeiro (RJ)

Tel./Fax: (21) 2224-1469

E-mail: contato@gramma.com.br

Site: www.gramma.com.br

Todos os direitos reservados.

A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte,
constitui violação de direitos autorais.

(Lei 9.610/98)

Sumário

Apresentação	VII
O direito à privacidade na era digital: desafios em face da ameaça terrorista	1
Antonio dos Reis Júnior	
Uma introdução ao direito internacional dos direitos humanos dos povos tradicionais	27
Eduardo Baker	
A participação na vida política das pessoas com deficiência: da urna ao Congresso Nacional	47
Gabriel Mendonça de Souza	
Sátira, sensibilidade religiosa e atos de violência extrema	63
Gustavo Augusto Ferreira Barreto	
Pessoas com deficiência e teletrabalho: um olhar sob o viés da inclusão social	87
Michelle Dias Bublitz	

O tema dos Direitos Humanos e sua generalização na contemporaneidade. Fluxos e contrafluxos comunicativos observados desde a arte 111

Nádia Teixeira Pires da Silva

A educação inclusiva para pessoas com deficiência nas escolas privadas 131

Sandra Filomena Wagner Kiefer

Pesquisa clínica com medicamentos no Brasil: déficit de proteção (jurídica) da pessoa humana 157

Selma Rodrigues Petterle

O tratamento judiciário dos "homicídios por auto de resistência" 171

Sylvia Amanda da Silva Leandro

A autonomia existencial prospectiva e as procurações de saúde no direito brasileiro 197

Vitor de Azevedo Almeida Junior

A "ética do cuidado" como uma expressão dos direitos humanos: buscando subsídios para normatizar os avanços das nanotecnologias 223

Wilson Engelmann

Raquel Von Hohendorff

Apresentação

Uma crítica comum à noção de Direitos Humanos é de que tal noção não passaria de mera construção abstrata que não compreenderia mulheres e homens como de fato são na realidade e, por isso, não seria uma base sólida o suficiente para embasar o Direito e a Política. Esta coletânea espera convencer seu leitor de que esta visão crítica dos Direitos Humanos não se sustenta e, para este trabalho de convencimento, parte de pressupostos distintos. Para nós, os Direitos Humanos pulsam como um organismo vivo, nascem de ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, e florescem na luta cotidiana de conquista e defesa de seu espaço. Os Direitos Humanos, portanto, alimentam-se da realidade que incita mulheres e homens a buscar uma vida digna para si próprios e seus iguais; e respiram no diálogo que permite a reflexão acerca do que é afinal esta tal vida digna. Dignidade e autonomia não passariam, de fato, de meras abstrações se não obtivessem expressão concreta, por exemplo, na dificuldade de se afirmar igual a seus semelhantes a despeito de deficiências físicas ou mentais, ou de ser livre diante da violência repressiva.

O título da obra, que ora apresentamos, já revela o desejo de autores e coordenadores de que o elemento vital dos Direitos Humanos é sua efetividade e atualidade. Esta coletânea foi concebida pela Professora Ana Paula Barbosa-Fohrmann, na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, durante todo o primeiro semestre de 2015, por ocasião do I Ciclo Nacional de Palestras sobre Temas Emergentes em Direitos Humanos com

A autonomia existencial prospectiva e as procurações de saúde no direito brasileiro

Vitor de Azevedo Almeida Junior¹⁵¹

Considerações iniciais

Os contornos atuais da autonomia privada foram radicalmente alterados a partir dos valores acolhidos pela Constituição brasileira de 1988, que adotou como vetor axiológico supremo do ordenamento jurídico nacional o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir desta constatação, a autonomia privada, valor tão caro ao direito civil de índole liberal, não mais é direcionada exclusivamente à liberdade de troca e disposição do *ter*, mas alcança a autodeterminação nas questões afetas à integridade e dignidade da pessoa humana.

Assim, concebe-se que a autonomia privada também acoberta a liberdade voltada aos interesses e a realização existenciais, enfim, ao conjunto de atributos indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa. O estudo sobre a alteração qualitativa da autonomia privada ainda carece de aprofundamento quanto à possibilidade de representação em relação aos atos de autonomia existenciais, tendo em vista a tradicional restrição da representação voluntária aos negócios jurídicos patrimoniais. Desse modo, investiga-se a expansão da representação aos atos de autonomia existencial nos casos de pessoas incapazes em razão da perda ou diminuição não permanente do discernimento.

Busca-se analisar a projeção futura da autonomia existencial por meio das diretivas antecipadas, mais especificamente das chamadas "procurações de saúde" (*health care proxies*), que consistem na escolha de um representante para a tomada de decisões em relação ao paciente que

¹⁵¹ Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Advogado.

se encontra impossibilitado de exprimir sua vontade, ainda que temporariamente. Mediante pesquisa teórica, observada a metodologia do direito civil constitucional, serão examinadas a validade destas declarações, bem como o conteúdo, os efeitos e a forma destes documentos no direito brasileiro, com vista à possibilidade de proteção e promoção da autonomia existencial dos pacientes temporariamente incapazes.

1. Transformações da autonomia privada: da autonomia do ter à autonomia do ser

Os contornos atuais da autonomia privada foram radicalmente alterados a partir dos valores acolhidos pela Constituição brasileira de 1988, que adotou como vetor axiológico supremo do ordenamento jurídico nacional o princípio da dignidade da pessoa humana. Sob os escombros da autonomia privada como dogma largamente difundido pelo direito civil tradicional, escorado no apreço ao valor da liberdade individual fomentado pela escola jusnaturalista, mas que, com efeito, servia para legitimar no campo do direito privado os ideais do liberalismo econômico baseado no *ethos* da então ascendente burguesia mercantil, pouco de sua fisionomia anteriormente adotada lhe restou.

Em termos jurídicos, a proteção da autonomia privada significava a liberdade do *ter*, e não a liberdade da pessoa, tanto que se confundia com a iniciativa privada mercantil, representada pela importância das relações de cunho patrimoniais, em que o exemplo, por excelência, é a autonomia na seara contratual.

A centralidade e supremacia da Constituição, que se traduz na hierarquia normativa das normas constitucionais e impõe a releitura das regras infraconstitucionais à luz da legalidade constitucional, atingiu diversos institutos civilistas. Esta sensível mudança do direito civil, carregada, sobretudo, pelo marco teórico do direito civil-constitucional, operou a releitura, inclusive, da autonomia privada, em que foi observada uma profunda alteração qualitativa de seu conteúdo e conceito.

A dignidade humana desloca-se a valor nuclear do ordenamento pátrio, de modo a condicionar a interpretação e a funcionalização das normas jurídicas. A autonomia privada, assim como a maioria dos valores e institutos civilistas, tornou-se foco de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais após a mudança do paradigma estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo após a promul-

gação da Constituição da República de 1988. A vigente orientação constitucional de proteção integral à dignidade da pessoa humana, tornando-a valor cardenal na construção unitária da ordem nacional, impôs uma (re)compreensão da autonomia erguida a partir dos princípios esculpidos na Constituição.

Diante desta nova arquitetura, em especial no âmbito do direito privado, observa Eugênio Facchini Neto (2003, p. 23) que o "poder da vontade também encontra-se limitado", mas, ao contrário, da limitações anteriores fundadas em virtude de "normas imperativas em proveito de outros particulares, agora pende rumo à "concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana". Daí, revela que "abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana".

Nas palavras de Gustavo Tepedino (2003-2004, p. 171-172), "a noção de autonomia da vontade, como concebida nas codificações do Séc. XIX, dá lugar à autonomia privada, alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal". A preocupação com a pessoa concretamente considerada, ao invés do sujeito abstrato, configura a modificação em sentido subjetivo da autonomia privada. Sob o aspecto objetivo, reconhece-se que as situações subjetivas existenciais são proeminentes sobre as patrimoniais por força do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto que, sob a ótica formal, a forma dos atos jurídicos, ao invés de proteger exclusivamente a segurança patrimonial, passa a "exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade".

Da superação da divisão, antes tida como fundamental, entre direito privado e público, a chamada *summa divisio*, passou a conviver o direito civil-constitucional com o estabelecimento de um novo binômio: a divisão das situações jurídicas subjetivas entre as de caráter patrimonial e existencial, sem descuidar das situações que apresentam esse duplo perfil¹⁵². Se não bastasse esse novo panorama, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que atua como verdadeira cláusula geral tem-se a prevalência das situações subjetivas existenciais sobre as patrimoniais.

¹⁵² Sobre as situações dúplices, ou seja, aqueles entre o terreno da patrimonialidade e extrapatrimonialidade (Teixeira e Konder, 2010).

A prevalência das situações subjetivas jurídicas existenciais sobre as patrimoniais determina que se supere a tradicional primazia da proteção conferida pelo ordenamento às figuras do *ter*, como o contratante e o proprietário, para tutelar e promover as esferas mais íntimas do *ser*, entendido como a manifestação dos atributos essenciais de sua personalidade, voltados, prioritariamente, à integridade e dignidade da pessoa humana, respeitando, nesse passo, não só a liberdade do tráfego jurídico do patrimônio, mas as decisões pessoais livres e autônomas ligadas à sua existência.

O ápice da autonomia privada no direito civil de índole voluntarista-contratual foi sucedido pelo valor da dignidade humana a partir do marco teórico do direito civil-constitucional, sendo hoje reconhecido o princípio central do ordenamento pátrio. Contudo, esta centralidade da dignidade humana não descarta da importância da autonomia privada, sobretudo no que tange à sua projeção existencial, como uma forma legítima de respeitar e concretizar a dignidade das pessoas.

Assim, a releitura da autonomia privada face à dignidade humana, não a descarta, mas tão somente a funcionaliza aos comandos constitucionais, ou melhor, à própria dignidade. Por isso, a relevância de, ao contrário de distanciar os conceitos, aproximá-los de modo a efetivar uma tutela da pessoa humana compatível com a liberdade individual (*rectius*: autonomia).

A partir desta constatação, a autonomia privada, valor tão caro ao direito civil de índole liberal, não mais é direcionada à liberdade de troca e disposição do *ter*, para alcançar a autodeterminação nas questões afetas à integridade e dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é possível afirmar que houve uma alteração qualitativa da autonomia privada¹⁵³, de modo a atender também a liberdade voltada aos interesses e a realização existenciais, enfim, ao conjunto de atributos indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa.

A expansão da autonomia, classicamente conhecida como privada, a terrenos antes restritos ao paternalismo estatal ou ao não reconhecimento da autodeterminação individual, suscita indagações e debates relevantes e, carentes, ainda hoje, de maior atenção por parte da doutrina nacional, ainda resistente em perceber a primazia do *ser* sobre o *ter*, arraigada, que estão, à valores já superados pelo ordenamento

¹⁵³ Sobre a alteração da autonomia privada, após a chamada constitucionalização do direito civil, remete-se a Tepedino (2007).

e presa a um Código Civil que, embora promulgado no século XXI, não incorporou, em muitos aspectos, as inovações dos comandos constitucionais, sobretudo, suas diretrizes fundamentais previstas no art. 1º, incisos II e III.

Sob essa perspectiva, o marco teórico do direito civil constitucional caracterizado, entre outros, pelo (i) reconhecimento da centralidade da Constituição no direito privado, ao invés do Código Civil, caráter hierárquico estendido aos demais ramos do direito; (ii) a prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais; (iii) reconhecimento da historicidade das regras jurídicas; e, (iv) a valorização da função dos institutos jurídicos (Bodin de Moraes, 2010), mostra-se assaz relevante para o desenvolvimento e reflexão sobre os efeitos da autonomia sobre atos ou negócios de conteúdo não patrimonial.

Diante do quadro apresentado, torna-se imperioso examinar a autonomia frente às situações subjetivas jurídicas existenciais no ordenamento brasileiro à luz do marco teórico do direito civil-constitucional, revelando que, cada vez mais, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana se aproxima do respeito à autonomia no que diz respeito às opções mais sensíveis e íntimas às pessoas humanas – as escolhas existenciais.

A extensão dos atos de autonomia à esfera existencial provoca novas angústias quando se reflete sobre a disciplina e extensão da doutrina relativa à autonomia privada, secularmente acostumada ao tratamento das relações patrimoniais – sobretudo aos contratos, com a tão cara autonomia contratual, às emergentes, pelo menos, no que toca ao reconhecimento da tutela jurídica, situações jurídicas existenciais. Não restam dúvidas sobre a necessidade da análise qualitativamente diversa da autonomia sobre as situações jurídicas existenciais em relação às patrimoniais (Meirelles, 2009), notadamente no que concerne ao seu tratamento e extensão, além do fundamento e finalidade.

No entanto, persistem as divagações em relação à aplicabilidade e conteúdo da autonomia nos casos concretos, que se revelam complexos e inesperados, além de ampliados numa sociedade plural e diversificada, em que a marcha das maneiras e formas do agir individual, lastreada, em muitos situações, na afirmação da identidade, é incessante e incontornável.

Desse modo, a liberdade é um componente indispensável em um Estado Democrático de Direito, sobretudo se relacionada ao exercício da autonomia das pessoas humanas em questões afetas a uma exis-

rência digna. No entanto, assegurar a vontade do *ser* não se traduz em estímulo a um querer humano vazio, pelo contrário, esta decisão deve merecer uma legítima tutela do ordenamento jurídico na medida em que expressa o livre desenvolvimento da personalidade, promove a identidade pessoal, enfim, concretiza a dignidade da pessoa humana. A liberdade das pessoas no que toca às decisões mais íntimas e pessoais deve necessariamente integrar o ambiente de solidariedade social e familiar constitucionalmente estabelecido, desde que não avulte e desnature o núcleo existencial das pessoas. Um percurso ponderativo que nem sempre se revela simples diante da complexidade dos casos que inundam e descortinam uma natureza humana cada vez mais complexa e líquida¹⁵⁴, no entanto que se impõe imprescindível a partir da profunda alteração de índole qualitativa verificada no fenômeno da autonomia, que, por sua vez, se alia ao direito à autodeterminação pessoal de modo a prevalecer nas hipóteses heteronamamente impostas por valores comunitários incompatíveis com uma sociedade plural e secular.

2. A autodeterminação nas escolhas existenciais: a autonomia existencial entre a liberdade e a solidariedade

O respeito às decisões pessoais eleitas de acordo com as preferências e mundividências de cada um, determinando, desse modo, os rumos de sua própria existência, nem sempre foi contemplado pela ordem jurídica como uma expressão do agir individual de forma autônoma e consciente. Sob influência do ideário liberal otocentista, os contornos da proteção concedida à autonomia chamada privada direcionava-se nuclearmente à garantia do patrimônio e seu poder de disposição. Em outras palavras, a autonomia privada também refletia os então valores norteadores do ordenamento, sintetizada na clássica formulação da primazia do *ter* sobre o *ser*.

A atual compreensão, sob a égide do direito civil constitucional, que a dignidade da pessoa humana constitui o valor fundante e ve-

¹⁵⁴ Deve-se a Zygmund Bauman (2007, p. 7-8) a observação da liquidez da vida e sociedade moderna. Segundo o filósofo: "A 'vida líquida' é uma forma de vida que tende a ser levada à frente numa sociedade líquida-moderna. 'Líquido-moderna' é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. [...] A vida líquida, assim como a sociedade líquida-moderna, não pode manter a forma ou permanecer em seu curso por muito tempo. [...] Em suma: a vida líquida é uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. [...] é uma sucessão de reinícios".

tor axiológico central no ordenamento pátrio não deixou incólume à compreensão tradicionalmente outorgada à autonomia no campo privado, ampliando o seu sentido com o fim não só de alcançar, mas de tornar proeminente, deslocando o foco do *ter* para *ser*, a autodeterminação individual para a esfera das decisões de cunho existencial, referentes à vida íntima e privada, de caráter religioso, artístico, ideológico, afetivo, sexual, entre outras dimensões inerentes à tutela da pessoa humana. Tal concepção encontra amparo na medida em que se considera que a tutela da autonomia privada encontra-se indissociável da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

A expansão — ou como muitos preferem — o incremento da autonomia privada ao terreno das situações subjetivas de caráter existencial reforçam a ideia de desvinculação desta com os negócios jurídicos¹⁵⁵. O entendimento no sentido que "a liberdade privada pode ter diversos graus de concretude e se expressar como ato de escolha, sem que importe em realização de negócios jurídicos" (Meirelles, 2009, p. 92) é crucial para a independência da denominada autonomia existencial, que cada vez mais se traduz em autodeterminação dos privados que, em essência, se expressa como poder de escolha das pessoas humanas no que tange ao "núcleo duro da existência"¹⁵⁶ enquanto tal.

Com efeito, deve-se encarar que o fenômeno da autonomia privada assume uma dimensão bem mais ampla do que o entendimento tradicional que a condensou em torno da teoria do negócio jurídico, chegando-se a considerar este como ato de autonomia privada por excelência. Sob outro ângulo, o negócio jurídico constituiria o instrumento maior da autonomia privada. Que a autonomia tem uma importância fundamental dentre os critérios distintivos para extremar os negócios jurídicos dos atos jurídicos em sentido estrito é uma construção válida, no entanto, circunscrever um fenômeno tão vasto sob a ótica exclusiva de um ato jurídico patrimonialmente elaborado é sacrificá-lo, sem extrair suas potencialidades, desatendendo, assim, a vontade do constituinte de proteger integralmente a pessoa, permitindo que as escolhas existenciais — geralmente não exteriorizadas sob o manto de um negócio jurídico — encontre amparo como um ato de autonomia legítimo e merecedor de tutela.

¹⁵⁵ Sobre a profunda correspondência entre os negócios jurídicos e a autonomia privada escreveu Orlando Gomes (1967, p. 81): "Sempre, pois, que pratica alguém um ato que serve à sua autonomia privada está a realizar um negócio jurídico".

¹⁵⁶ No original: "núcleo duro dell'assistenza". A expressão é de autoria de Stefano Rodotà, originalmente publicado em *Parole in lazo*, 2. ed., Bari: Laterza, 2010, p. 191. Neste trabalho foi utilizada a versão traduzida por Carlos Nelson Konder, ainda no prelo.

Na trajetória desta orientação, os atos de autonomia privada não se expressam somente através da categoria dos negócios jurídicos. No âmbito das situações jurídicas subjetivas existenciais notadamente se verifica a insuficiência daquele como único instrumento legítimo de expressão amparado pela ordem jurídica. No intento de densificar e concretizar a diretriz máxima do sistema normativo-constitucional pátrio reclama-se pela ampliação dos meios de exteriorização da vontade real e consciente na deliberação sobre seu próprio projeto existencial, deixando ao alvedrio das pessoas, desde que não atentatório ao dever de solidariedade social e, excepcionalmente, ao conteúdo heterônomo da dignidade humana, às escolhas existenciais manifestadas por intermédio do direito à autodeterminação pessoal.

É imperiosa, sob esse viés, a superação da confusão entre autonomia privada e negócio jurídico, que se encontram, mas não se fundem, largamente difundida pela doutrina, de modo a aproximar a autonomia como uma das dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, considerá-la como um dos instrumentos privilegiados da concretização desta, a partir da tolerância e respeito às escolhas existenciais, que pode não se operar no interior dos negócios jurídicos, mesmo que se admita a existência destes com conteúdo extrapatrimonial, essencialmente estranhos à sua concepção clássica.

A autonomia privada configura, hoje, em poder de autorregulamentação conferido às pessoas, tanto no que tange ao terreno patrimonial quanto na esfera de cunho existencial, superando, desse modo, sua concepção arrelada puramente à iniciativa econômica. A partir deste entendimento é que "justamente por ser manifestação da liberdade que a autonomia privada é considerada como um dos meios de realização da dignidade da pessoa humana, nas situações existenciais" (Meirelles, 2009, p. 74).

Desse modo, ensina Heloisa Helena Barboza (2008, p. 410) que na medida em que a pessoa humana assume um papel central na ordem jurídica, "não parece razoável entender sua autonomia como uma concessão ou atribuição do Estado, mas sim como um reconhecimento do poder atribuído do sujeito privado de autorregular-se, nos limites da lei", mais apropriadamente, em consonância com os valores constitucionais. Nos termos da afirmação de Gustavo Tepedino (2006, p. 311): "A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar,

em concreto, a realização de um valor constitucional". Daí, ainda, a observação que "não há que se admitir um espaço de liberdade que afronte as diretrizes constitucionais" (Barboza, 2008, p. 410).

A diversificação dos fundamentos da autonomia privada é uma exigência da atual compreensão no sentido de não comprimir a área de liberdade das pessoas às vicissitudes de situações jurídicas patrimoniais, carecendo, portanto, do exame de merecimento de tutela a partir do texto constitucional com fins a individualização de seus fundamentos¹⁵⁷. Supera-se, dessa maneira, o equivocado discurso unitário em torno da livre iniciativa econômica como fundamento único da autonomia contratual para voltar-se a pulverização dos fundamentos da autonomia privada, mas que devem reconduzir necessariamente à concretização de um princípio constitucional.¹⁵⁸

A autonomia existencial, afirmam Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder (2010), é implementada na medida em que se direciona a "realização de escolhas ligadas não ao patrimônio, mas àqueles elementos que constituem a identidade que individualiza e caracteriza cada ser humano". Em virtude da incidência sobre as situações subjetivas existenciais, que são "manifestações diretas da personalidade como valor", é fundamental para a garantia do seu pleno desenvolvimento, "que a pessoa possa escolher a forma de vida que mais lhe realize, bem como concretize o seu projeto de vida individual".

Maria Celina Bodin de Moraes compreende que um dos postulados extraídos do substrato material da dignidade humana se refere ao reconhecimento do ser humano como "dotado de vontade livre, de autodeterminação"¹⁵⁹. Deste postulado seria retirado o corolário corporificado no princípio jurídico da liberdade, que segundo a

¹⁵⁷ Heloisa Helena Barboza (2008, p. 413) já expôs que: "Melhor do que individual 'o' fundamento construtural da autonomia contratual é pesquisar 'os' fundamentos constitucionais da autonomia negocial, que oferecem ao intérprete as coordenadas indispensáveis para emissão dos juízos de valor que o ordenamento assegura aos atos de autonomia simples e concretos".

¹⁵⁸ Pietro Perlingieri (2008, p. 349-350) escreve que: "Não é possível um discurso único sobre a autonomia negocial: a unidade axiológica, pois unitária é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que, de modo diferenciado, tocam os referidos valores e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora únicas e outras juntas".

¹⁵⁹ Consoante Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 85) "o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrada em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade".

autora "[...] se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada" (Bodin de Moraes, 2009, p. 107).

Neste sentido, o tradicional sentido jurídico ofertado à liberdade ligado ao poder de disposição dos bens sofre uma profunda transformação. A liberdade rompe, assim, o restrito círculo patrimonial e atinge a pessoa, de forma a atender os anseios mais íntimos e indispensáveis à livre construção da personalidade. Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 107) observa, desse modo, que a "liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier".

Se, tradicionalmente, o direito à privacidade (*right to privacy*) sempre esteve associado ao direito de ser deixado só (*right let to be alone*)¹⁶⁰, contemporaneamente a privacidade evoluiu para incluir em seu conteúdo a tutela de dados sensíveis¹⁶¹, de seu controle pelo titular e, sobretudo, de "respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial" (Lewicki, p. 2003, p. 9).¹⁶²

A ampliação do conceito de *privacy* permite considerá-lo como uma das principais formas de manifestação das escolhas pessoais¹⁶³, permitindo a busca individual do seu estilo de vida, configurando, para muitos, no surgimento de um direito à liberdade das escolhas de caráter existencial.

¹⁶⁰ Conforme Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 140): "O tradicional conceito do 'direito a ficar só', elaborado por Warren e Brandeis, funda-se numa crítica à e anacrônica perspectiva do indivíduo murado, conduzindo a um isolamento protegido, a uma visão como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu interior. Era chamado *homo clausus* [...]".

¹⁶¹ Dados sensíveis são aqueles capazes de gerar situações de discriminação e desigualdade. São os dados pessoais que dizem respeito às informações de saúde, opiniões políticas, crenças religiosas, hábitos sexuais, entre outros. Ou seja, são aquelas informações ligadas ao núcleo da personalidade de uma pessoa.

¹⁶² Sobre a redefinição do conceito de privacidade, Stefano Rodotà (2008, pp. 92-93, 102) descreve que: "Uma definição da privacidade como 'direito a ser deixado só' perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e (deve) ser aplicada a situações específicas. [...] Diante de nós delineiam-se duas tendências. Assintomas, de um lado, a uma redefinição do conceito de privacidade que, além do tradicional poder de exclusão, atribui relevância cada vez mais ampla e clara ao poder de controle. Por outro lado, o objeto do direito à privacidade amplia-se, como efeito de enriquecimento da noção técnica da esfera privada, a qual compreende um número sempre crescente de situações juridicamente relevantes". Daí articula uma nova definição de privacidade como "direito a manter o controle sobre as próprias informações e a determinar as modalidades de construção da própria esfera privada".

¹⁶³ A partir da redefinição do conceito de privacidade e sua, consequente, ampliação, Stefano Rodotà (2008, p. 93) observou que: "Privacidade" aqui significa pessoal, e não necessariamente secreto".

Embora viável o entendimento acima¹⁶⁴, prefere-se a defesa, no ordenamento brasileiro, que o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal¹⁶⁵, e o artigo 21, do Código Civil¹⁶⁶, fundamentam a proteção da esfera privada de uma pessoa, referindo-se tanto à vida privada, quando à intimidade da pessoa humana, e que, em conjunto, atuam como cláusula geral de tutela da autodeterminação quanto às escolhas existenciais, em que se compreende "a inviolabilidade da vida privada" não como a tímida tutela do microcosmo da casa, mas como o espaço (inviolável) da liberdade de escolhas existenciais" (Bodin de Moraes, 2010, p. 148).

Sem embargos, o direito à intimidade e à vida privada configuram como uns dos principais instrumentos jurídicos aptos a ampliarem a autonomia privada às projeções constitucionais. As cláusulas gerais de promoção e proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB/1988) e de tutela da autodeterminação quanto às escolhas existenciais (art. 5º, inciso X, CRFB/1988 e art. 21 do CC/2002) atuam, juntas, no sentido de viabilizar e concretizar a esfera de autonomia em âmbito existencial, promovendo e assegurando o respeito às decisões mais íntimas da pessoa humana.

A liberdade declinada em autodeterminação no que tange à livre construção da esfera privada significa que, em uma sociedade plural e secular, devem-se respeitar as diferentes modalidades de elaboração das identidades pessoais, que refletem o pleno desenvolvimento das personalidades, ou seja, é franqueado às pessoas a busca pela "arquitetura de seu estilo de vida, consoante os valores pessoais que a realizem" (Teixeira e Konder, 2010), a partir dos princípios constitucionais estabelecidos. O reconhecimento do direito à identidade pessoal¹⁶⁷, embora carente de dispositivo legal específico no ordenamento brasileiro, reforça o respeito às escolhas existenciais, pois

¹⁶⁴ A preferência da defesa em nosso ordenamento pela cláusula geral de tutela da autodeterminação quanto às escolhas existenciais em detrimento do reconhecimento de um direito à liberdade das escolhas existenciais se deve, primeiro, ao caráter elástico e flexível das cláusulas gerais que permitem uma análise mais detida aos casos concretos, bem como permitem o vasto recurso aos princípios constitucionais para melhor solucionar o caso concreto; e, segundo, que diante da inexistência da referência expressa no ordenamento pátrio deste direito, seria necessário recorrer a um conceito ampliado do direito à privacidade, que embora possível, necessita de grande esforço hermenêutico.

¹⁶⁵ Artigo 5º, X, CF - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁶⁶ Art. 21, CC - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

¹⁶⁷ Em literatura nacional, indispensável (Choei, 2010).

somente através de um espaço constitucionalmente tutelado de livre desenvolvimento da personalidade se constrói as individualidades humanas de forma plena e integral.

A garantia de um espaço em prol do respeito às decisões individuais no campo das escolhas existenciais, em que se reconhece a autodeterminação pessoal na construção de uma existência digna, é referida por Stefano Rodotà como um domínio de "impossibilidade de decidir", isto é, "nenhuma vontade externa, mesmo aquela expressa em unânime por todos os cidadãos ou por um Parlamento Unânime, pode tomar o lugar da vontade do interessado" (Rodotà, no prelo). Com efeito, não se deve confundir este espaço de liberdade das pessoas com espaços de existência de não direito¹⁶⁸, na medida em que a área reservada à autonomia privada somente será merecedora de tutela por parte do ordenamento se, e somente se, concretizar os princípios albergados na Constituição.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2010), "a dignidade como autonomia traduz demandas pela manutenção e ampliação da liberdade humana, respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação". Em contraposição à dimensão heterônoma da autonomia, assevera o autor que a partir da axiologia contida na Constituição brasileira há um predomínio da ideia de dignidade humana como autonomia, em detrimento da heteronomia que obteve uma ênfase menor¹⁶⁹. Decorre, daí, a afirmação: "à luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais".¹⁷⁰

Neste sentido, ainda, é a posição de Daniel Sarmiento (2005b, p. 207) ao reconhecer que a proteção da autonomia privada à luz da Constituição de 1988 é heterogênea, isto é, "mais forte, quando estão em jogo dimensões existenciais da vida humana; menos intensa, quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimoniais". Tal constatação é decorrente do entendimento que, em âmbito cons-

¹⁶⁸ A respeito dos supostos espaços de não direito em face do princípio da liberdade, (Namur, 2010, p. 131-148).

¹⁶⁹ Segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 14): "a dignidade como heteronomia tem o seu foco na proteção de determinados valores sociais e no próprio bem do indivíduo, aferidos por critérios externos a ele".

¹⁷⁰ Luís Roberto Barroso (2010, p. 14) observa que embora as dimensões da dignidade humana como autonomia e heteronomia geralmente se contraponham, "há também uma certa complementariedade, na medida em que a formação da personalidade individual é afetada por percepções sociais".

tucional, reforça-se a autonomia privada existencial em razão dos direitos pertinentes à liberdade serem indispensáveis a uma "vida humana com dignidade" (Sarmiento, 2005b, p. 207).

Cada vez mais se percebe que no contexto de proteção da pessoa humana o fenômeno da autonomia privada se declina em autodeterminação pessoal no que se refere ao exercício das situações subjetivas existenciais. O panorama emergente se destaca pelo robustecimento da liberdade da pessoa a partir do tônus constitucional da dignidade humana, que, cada vez mais, se inclina em princípio promotor de salvaguarda da pessoa contra interferências alheias no governo da própria vida. Afinal, na construção e, depois, na afirmação da personalidade humana ninguém melhor do que o *eu* para determinar os rumos da própria vida, o itinerário da própria existência, enfim, os modos de agir conforme *consigo mesmo*.

Nesta marcha, não se descarta, por óbvio, da ponderação ínsita que diversos casos concretos exigem, sobretudo se em confronto com o princípio da solidariedade. Desse modo, a ponderação é o método adequado à solução dos casos confrontantes entre os interesses de terceiros e o próprio, bem como quando o exercício de determinado direito afronta o próprio titular – a pessoa humana.

No entanto, o ordenamento constitucional brasileiro elegeu seu valor supremo – a dignidade humana, que embora seja um conceito vago e carente, portanto, de preenchimento de seu conteúdo mínimo com fins à sua real e efetiva concretização, não nos impede de informá-lo a partir dos demais valores estabelecidos pelo constituinte. A experiência constitucional brasileira desvela, assim, uma dignidade humana promotora da liberdade individual e do pluralismo, de modo a permitir o livre desenvolvimento da personalidade e a construção da identidade pessoal, que somente é possível a partir do reconhecimento do direito à autodeterminação nas escolhas de cunho existencial, expressão maior do respeito à autonomia e valorização das pessoas humanas em um Estado democrático e laico.

3. Representação, autonomia existencial e consentimento

Após o reconhecimento do direito à autodeterminação quanto às escolhas existenciais no ordenamento jurídico nacional, depara-se a doutrina com o problema da representação de incapazes quanto às decisões ligadas à esfera existencial da pessoa humana.

O instituto da representação (Tepedino, 2009; Schreiber, 2007) somente adquiriu autonomia dogmática no Código Civil de 2002, sendo que na codificação anterior seu tratamento legislativo restava acoplado ao do contrato de mandato. Acertadamente, o legislador infraconstitucional reservou na parte geral do Código atual os dispositivos concernentes à representação, demarcando, assim, a autonomia dogmática do instituto.

A técnica da representação consiste, basicamente, na atuação em nome de outrem. Extrai-se do artigo 115¹⁷¹ do Código Civil de 2002 que a representação pode ser legal ou voluntária, a depender se decorre da lei ou da vontade das partes. Em relação às espécies de representação adotadas pelo codificador, Anderson Schreiber (2007, p. 239) expõe que:

A classificação, consagrada pela doutrina, não está imune a críticas. Alguns autores têm sustentado que a representação legal não se configura propriamente como representação e deve ser afastada do gênero. Isto porque, [...] a atuação do representante é plenamente independente da vontade do representado [...]. Nada obstante, isto não parece suficiente para retirar o caráter representativo da atuação dos representantes legais, já que agem em nome dos representados, e ainda no interesse dos mesmos, sofrendo a sua atividade o controle do poder público.

A melhor doutrina já apontou os elementos essenciais da representação, aduzindo que para sua caracterização "são indispensáveis a existência de poderes que lastreiem a atuação do representante e que este aja *declaradamente* em nome de outra pessoa" (Tepedino, 2009, p. 127). Gustavo Tepedino (2009, p. 127) ensina, ainda, que "a esta publicidade ou exteriorização de que se está a agir em nome de outrem designa-se *contemplatio domini*, núcleo central da representação".

A natureza jurídica da representação voluntária já foi ponto controvertido na doutrina, principalmente em razão de parte de a doutrina confundir a representação voluntária com o contrato

¹⁷¹ "Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado".

de mandato. Em que pese os dissensos, parece que a representação voluntária "cuida-se de negócio jurídico unilateral porque a outorga de poderes ocorre sem necessidade da concordância do representante, bastando a manifestação da vontade do representado" (Tepedino, 2009, p. 129).

A própria autonomia dogmática do instituto da representação no Código Civil de 2002 implica na necessidade de desvinculação da representação voluntária do contrato de mandato. Sobre esta questão, já esclareceu Gustavo Tepedino (2009, p. 141-142) que:

A representação [...] não se esgota neste tipo contratual [mandato], podendo se manifestar autonomamente, em contratos típicos ou atípicos. Afinal, [...] a representação voluntária consiste não em espécie contratual, mas em expediente técnico para a manifestação de vontade daquele que outorga poder. [...] A independência da representação em relação ao mandato impede que se reduza a procuração, instrumento jurídico de outorga de poderes, à relação contratual de mandato. A procuração é o termo próprio para designar o negócio jurídico unilateral de atribuição de poderes de representação [...].

É tradicional na doutrina nacional a restrição da representação voluntária aos negócios jurídicos, notadamente àqueles de cunho patrimonial¹⁷². É notório, contudo, que algumas questões emergentes, a exemplo dos chamados testamentos vitais e procuradores de saúde, descortinam a possibilidade da expansão da representação voluntária aos atos de autonomia existencial.

No entanto, diante da insuficiência do tratamento legislativo da representação voluntária às escolhas existenciais é preciso que o intérprete se ampare numa interpretação conforme a Constituição de 1988, de modo a contemplar dentre as hipóteses de representação voluntária as decisões ligadas à esfera existencial da pessoa representada.

Na medida em que o poder de representação amplia-se de modo a acobertar, inclusive, os atos de autonomia existencial, cabe-nos re-

¹⁷² "Em síntese, pode-se dizer que a representação consiste na realização de um negócio jurídico em nome de outra pessoa, sobre quem devem recair os efeitos negociais" (Schreiber, 2007, p. 234).

alizar um exame mais detido. Isto porque, se encarada, sob o viés patrimonial, segundo Gustavo Tepedino (2009, p. 128),

[...] a representação mostra-se mais consentânea com a noção de substituição da manifestação de vontade: embora atue em nome de outrem, o representante não fica adstrito à simples transmissão da vontade do representado. Conserva certa margem de discricionariedade, pois examina a conveniência de celebrar ou não o negócio sob determinadas circunstâncias. Esta, aliás, consiste na distinção fundamental em relação ao nuncio, ou mensageiro, que é mero transmissor da declaração negocial de outrem.

Percebe-se, portanto, que há uma margem de discricionariedade concedida ao representante para a celebração dos atos negociais. Há que se ressaltar, no entanto, que em relação à representação dos atos de autonomia existenciais não se pode conceber esta margem de liberdade ao representante, tendo em vista que a finalidade e efeitos incidem diretamente sobre a própria pessoa representada, razão pela qual se deve repensar nos limites desta representação.

Por isso, deve-se realizar uma análise qualitativa diversa do poder de representação frente aos atos de autonomia existencial, de modo a estabelecer uma tutela diferenciada dos atos de autonomia patrimonial.

Uma das questões centrais a serem superadas para a aceitação da representação no terreno extrapatrimonial reside na característica da personalidade dos atos de autonomia existencial (Meirelles, 2009, 213-246), pois esta configuraria um impeditivo a possibilidade de eleger terceiro para agir em seu nome. Defende-se, no entanto, que restringir a representação ao campo patrimonial configura tese extremamente restritiva, ofendendo a possibilidade de autonomia prospectiva da pessoa e, em consequência, violando a dignidade humana.

Contudo, a personalidade dos atos de autonomia existencial implica na excepcionalidade da representação no campo da autonomia existencial às hipóteses de incapacidade, visto que alguém em condições de exprimir sua vontade não poderia delegar para terceiros que atuem em seu nome.

Ao entendermos que a representação dos atos de autonomia existencial se restringe às hipóteses de incapacidade, há que se apontar a

premente necessidade de releitura do regime de (in)capacidades do Código Civil de 2002, que há muito já restou implodido pela dinâmica das relações sociais. Tal cenário começa a ser alterado em nosso ordenamento. Cabe destacar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), aprovado em 6 de julho de 2015, ao entrar em vigor, promoverá profundas alterações no instituto da capacidade regida pelo Código Civil, que repercutirão ampla e diretamente nas relações privadas e alcançarão as áreas do direito que se valem das categorias e conceitos estabelecidos pelo Direito Civil. Diante dos expressos termos da Lei nº 13.146/2015, que atribui nova redação ao art. 3º, do Código Civil, é possível concluir que somente as pessoas menores de 16 anos poderão ser consideradas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja: a incapacidade de pessoa com deficiência mental ou intelectual, quando admissível, será sempre relativa, eis que de acordo com o art. 6º a deficiência não afeta a plena capacidade civil.

O reconhecimento da incapacidade relativa de uma pessoa e a sua consequente submissão à curatela é medida extraordinária e se legitima apenas como medida de proteção. É importante observar que deve ser deferida de modo "proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso" e "no menor tempo possível". Neste cenário, a curatela assume um novo perfil em nosso ordenamento, na medida em que afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85), não sendo alcançados o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. As repercussões do referido Estatuto, no entanto, sobre o regime da incapacidade merece análise mais aprofundada que escapa dos estreitos limites deste estudo.

Decorre também da personalidade dos atos de autonomia existencial a imprescindibilidade do consentimento qualificado para a autolimitação das situações jurídicas subjetivas existenciais. Deve, assim, ser precedido em virtude do chamado problema da atualidade do consentimento. Em regra, a autolimitação das situações existenciais é merecedora de tutela em nosso ordenamento se a finalidade, intensidade, alcance e duração são compatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, tem-se que a autolimitação se afigura razoável se além do consentimento qualificado, este deveria também ser atual.

Em respeito à autonomia existencial prospectiva, contudo, há de se entender como exceção a atualidade da disposição das situações existências os instrumentos de representação no campo da autonomia existencial, visto que expressam a vontade emanada em pleno gozo do discernimento. É de todo razoável superar, assim, as controvérsias existentes acerca da (im)possibilidade de consentimento por representação. O que há, de fato, é uma transmissão da vontade do incapaz em momento que ele está impossibilitado de responder por si. Mas não é uma mera transmissão que chegue a caracterizar a figura do núncio, pois são a partir das declarações do representado que devem ser moldadas as escolhas dramáticas em relação ao incapaz.

Por isso, a necessidade de vinculação da atuação do representante às manifestações de vontade do representado, de modo que se preserve, ao máximo, a integridade do perfil do representado. Os atuais instrumentos de representação cujo objetivo toca à esfera existencial do representado se destinam a respeitar as vontades declaradas do representado em momento de consciência e discernimento, por isso a relevância de observar as diretrizes deixadas pelo representado.

Ainda assim, é possível que haja conflitos de interesses entre representante e representado, principalmente nas hipóteses em que a representação fica a cargo de um dos entes familiares que não concorda com as escolhas existenciais declaradas pelo incapaz. Essas situações são complexas, pois envolvem conflitos dentro da própria comunidade familiar. Em casos extremos, a exemplo de declaração de ortotanásia, poderia uma mãe, embora constituída como representante do filho incapaz, se declarar impossibilitada de exercer a representação em razão do conflito de interesses. Assim, seria possível, em raciocínio análogo, admitir nestas hipóteses a existência de um direito à objeção de consciência do representante?

Sabe-se que a objeção de consciência é um direito reconhecido aos médicos em razão de eventual discordância em relação ao procedimento a ser realizado. O médico pode neste caso, por razões religiosas ou filosóficas, por exemplo, se recusar a realizar determinada intervenção, desde que de acordo com a prescrição contida no Código de Ética Médica¹⁷³. Assim, cabe à doutrina examinar em que medida igualmente seria possível estender as hipóteses

¹⁷³ Resolução nº 1.931/2009 do CFM, capítulo II, inciso IX: "Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência".

aqui tratadas desse direito de objeção de consciência por ser contrário às disposições contidas no instrumento deixado em período de discernimento do incapaz.

4. Representação voluntária, autodeterminação preventiva e a nomeação de um representante para cuidados da saúde

A representação do paciente incapacitado é um dos assuntos que se encontram na ordem do dia. A projeção futura da autonomia existencial por meio das diretivas antecipadas tem sido crescentemente pleiteada em razão dos avanços da medicina. Segundo Luciana Dadalto (2009, p. 524), as diretivas antecipadas "são gênero e suas espécies, o mandato duradouro e a declaração prévia de vontade do paciente terminal". No presente trabalho, optou-se pelo arbitrário corte metodológico de abordar somente algumas questões relativas às chamadas procurações de saúde (Dadalto, 2010).

Os "mandatos duradouros" (*durable power of attorney*) ou "procurações de saúde" (*health care proxies*) consistem na escolha de um representante para a tomada de decisões em relação ao paciente que se encontra impossibilitado de exprimir sua vontade, ainda que temporariamente. A relevância deste instrumento reside na confiança na figura do representante, que se acredita irá agir de acordo com o projeto existencial do paciente declarado quando de sua plena capacidade.

De acordo com Paula Távora Vitor (2004, p. 121), o "[...] procurador para cuidados da saúde é o representante escolhido pelo paciente, num momento em que se encontra na posse de suas capacidades intelectuais e volitivas, para que, na eventualidade de se encontrar incapaz de tomar decisões, este tome as decisões necessárias para prover à sua saúde".

Crucial, neste ponto, se fazer a distinção necessária entre as diretivas antecipadas e o contrato de mandato. Neste sentido, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2009, p. 16) são enfáticos ao expor que "[...] há que se evitar, a todo custo, a analogia com a disciplina de instrumentos de cunho essencialmente patrimonial, como o contrato de mandato, cuja função se distancia, imensamente, do escopo existencial das procurações de saúde".

Por isso, não se comunga do entendimento que defende "[...] que a regulamentação da procuração para cuidados de saúde se baseie na

disciplina civilística do mandato, no que couber" (Teixeira e Ribeiro, 2009, p. 14). É de todo desaconselhável que se utilize instrumentos que foram elaborados e formulados sob uma ótica patrimonialista para o regramento de questão que envolva situações existenciais. É preciso formular, assim, novos instrumentos que sejam construídos sob a lógica da proteção integral da pessoa e sua dignidade.

A moderna doutrina aponta alguns elementos para a validade das "procurações de saúde" no direito brasileiro. No tocante ao elemento de ordem subjetiva se exige capacidade de fato, tanto do outorgante quanto do outorgado. Além disso, há a exigência de um vínculo qualificado de confiança entre outorgante e outorgado, razão pela qual se entende pela não restrição dos legitimados a figurar na qualidade de outorgados os integrantes da comunidade familiar.

Em relação aos elementos objetivos se deve atentar para a outorga de poderes delimitados de forma clara, precisa e inequívoca, de modo a evitar ou diminuir as dúvidas no momento em que o emissor se encontrar incapacitado. E mais, sob pena da finalidade do instrumento restar desvirtuado, em razão da falta de clareza do conteúdo do documento. Por isso, exige-se o vínculo de confiança entre representante e representado, na medida em que o escolhido poderá reconstruir, nos casos omissos ou imprecisos do documento, a real vontade do incapaz.

Diante da falta de regulamentação a respeito das procurações de saúde em nosso ordenamento, é de todo razoável ter a liberdade de forma como regra para a realização do instrumento. Mesmo com a edição de lei, devem-se evitar os formalismos extremos, de maneira a evitar que o instrumento seja pouco utilizado. Ainda assim, parece aconselhável e útil que a regulamentação vindoura exija a forma escrita e, em alguns casos, registro (Teixeira e Ribeiro, 2009, p. 14-16).

À míngua de regulamentação legal específica, o Conselho Federal de Medicina editou, recentemente, a Resolução nº 1.995/2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, que foram definidas nos termos do art. 1º da citada resolução:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou

não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

No § 1º do art. 2º¹⁷⁴, a resolução traz a referência ao representante nomeado para os cuidados com a saúde, impondo o médico o dever de respeitar estas decisões previamente declaradas pelo paciente, muito embora a expressão utilizada pela norma deontológica - "levá-las em consideração" - pudesse ter sido substituída por outra mais incisiva.

A menção genérica contida na resolução a respeito de se levar em consideração as informações do representante do paciente constituído para os assuntos ligados à sua saúde descortina uma miríade de questões que não foram - e talvez nem deveriam ser - tratadas pelo Conselho Federal de Medicina. Daí a necessidade de se enfrentar o tema, de modo a se aprofundar no estudo das chamadas procurações de saúde no direito brasileiro, sobretudo na extensão de seus efeitos.

No terreno das procurações de saúde a diretriz é a tutela do melhor interesse do paciente, que deve ser respeitado nestes casos. Ademais, há de se ressaltar a relevância do dever de cuidado¹⁷⁵ e a vulnerabilidade em que se encontram os representados, o que enseja uma tutela construída com base na dignidade da pessoa humana.

Considerações finais

No campo da autonomia existencial, a partir da releitura do regime das (in)capacidades, a figura do representante deve ser evocada apenas quando for caracterizada uma impossibilidade real de consentir.

A técnica da representação de atos de autonomia existencial, na medida em que diz respeito aos atributos essenciais e incindíveis à integridade e dignidade da pessoa representada, tem que ser exercida com base no dever de cuidado do representado incapaz, de observância de seu melhor interesse e de promoção da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, se defende que é válida a nomeação de representante para cuidados da saúde no ordenamento jurídico nacional, mesmo sem regulamentação específica. A nomeação de representante deve, nestes casos, respeitar o vínculo de confiança existente entre outor-

¹⁷⁴ § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico".

¹⁷⁵ "[...] o cuidado manifesta-se nos poderes-deveres de proteção e assistência de um sujeito por outro, mediante ações concretas que se sustentam na assunção de uma consciência de responsabilidade pela melhor decisão para o outro" (Alfaiete, 2008, p. 13).

gante e outorgado, por isso, a exigência de pleno discernimento no momento da escolha do representante.

Deve-se ter prudência com o excesso de proteção do incapaz para não menosprezar sua autonomia e, portanto, sua própria dignidade, evitando, assim, a supressão de sua subjetividade através de uma postura legislativa paternalista. O instituto da representação, na medida em que funciona como uma técnica para que outrem atue em nome do incapaz, não se pode distanciar do interesse do representado e do desenvolvimento de sua própria personalidade, servindo como um instrumento para o respeito e promoção da autonomia existencial prospectiva.

Referências

- BARBOZA, H. 2008. Reflexões sobre autonomia negocial. In: G. TEPEDINO; E. FACHIN, (coords.). *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.
- BARROSO, L.R. 2015. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová*. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer nº. 01/2010-LRB, da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, de 05 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em 28 jul. 2015.
- BARROSO, L.R. *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.
- BAUMAN, Z. 2007. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 212 p.
- BODIN DE MORAES, M.C. 2006. O princípio da Dignidade Humana. In: M.C. MORAES (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 1-61
- BODIN DE MORAES, M.C. 2007. Perspectivas a partir do direito civil constitucional. In: G. TEPEDINO. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2007, 29-41.
- BODIN DE MORAES, M.C. 2009. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 356 p.
- BODIN DE MORAES, M.C. 2010a. A caminho de um direito civil-constitucional. In: M.C. BODIN DE MORAES *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 3-31.
- BODIN DE MORAES, M.C. 2010b. Ampliando os direitos da personalidade. In: M.C. BODIN DE MORAES *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 121-148.
- BODIN DE MORAES, M.C. 2010c. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: M.C. BODIN DE MORAES. *Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 183-206.
- CARBONERA, S. 2004. Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas. *Ciência e opinião*. 1(2/4):147-171.
- CHOERI, R. 2010. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 347 p.
- DADALTO, L. 2009. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. *Revista Bioética*, 17(3):523-543.
- DADALTO, L. 2010. *Testamento Vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 245 p.
- FACCHINI NETO, E. 2003. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: I. SARLET (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 37-76.
- FACHIN, L.E. 2005. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade – Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. *Revista da EMERJ*, 8(31):51-70.
- FACHIN, L.E.; PIANOVSKI, C.E. 2008. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 35:101-119.
- GOMES, O. 1967. *Transformações gerais dos direitos das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 192 p.
- HESSE, K. 2001. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid, Cuadernos Civitas, 88 p.
- KANT, I. 2006. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo, Martin Claret, 160 p.

- LEWICKI, B. 2003. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro, Renovar, 242 p.
- LÓBO, P.L. 1999. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, 36(141):99-109.
- MEIRELES, R. 2009. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 324 p.
- NAMUR, S. 2010. A inexistência de espaços de não direito e os princípios da liberdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 42:131-148.
- PERLINGIERI, P. 2002. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 359 p.
- PERLINGIERI, P. 2008. *Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 1161 p.
- RAYMUNDO, M.; GOLDIM, J.R. 2007. Do consentimento por procuração à autorização por representação. *Revista Bioética*, 15(1):83-99.
- RODOTÀ, S. 2008. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro, Renovar, 382 p.
- RODOTÀ, S. No prelo. *Laicidade e autodeterminação*. Trad. de Carlos Nelson Konder. SARLET, I. 2011. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: D. SARMENTO; I. SARLET, (coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 55-80.
- SARMENTO, D. 2004. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 410 p.
- SARMENTO, D. 2005a. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 22:239-258.
- SARMENTO, D. 2005b. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, 4(14):167-217.
- SCHREIBER, A. 2007. A representação no novo Código Civil. In: G. TEPEDINO (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, p. 229-254.
- TEIXEIRA, A.C. 2010. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro, Renovar, 407p.
- TEIXEIRA, A.C.; KONDER, C.N. 2010. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, 18.
- TEIXEIRA, A.C.; RIBEIRO, G. 2009. Procurador para cuidados de saúde do idoso. In: T. PEREIRA; G. de OLIVEIRA (coords.).

- Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, p. 1-16.
- TEPEDINO, G. 2003-2004. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 4,5(4/5):1-20.
- TEPEDINO, G. 2006a. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In: G. TEPEDINO. *Temas de Direito Civil* tomo II. Rio de Janeiro, Renovar, p. 340-342.
- TEPEDINO, G. 2006b. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: D. SARMENTO; SOUZA NETO, C. (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p.309-320.
- TEPEDINO, G. 2008a. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: G. TEPEDINO (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, p. 365-371.
- TEPEDINO, G. 2008b. Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*, 4. ed., Rio de Janeiro, Renovar, p. 1-22.
- TEPEDINO, G. 2009. A Técnica da Representação e os Novos Princípios Contratuais. In: *Temas de Direito Civil* tomo II. Rio de Janeiro, Renovar, p.30-73.
- TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. 2009. O extremo da vida. Eutanásia, *accanimento terapêutico* e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 39:3-18.
- VÍTOR, P. 2004. Procurador para cuidados de saúde: importância de um novo decisor. *Revista Lex Medicinæ*, 1(1):121-134.