

DIREITO CIVIL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

ALGUMAS APLICAÇÕES

“Como fio condutor de todos esses trabalhos, há uma firme preocupação em se analisar conflitos e problemas pertinentes ao Direito Civil, sob a luz dos princípios constitucionais, com a aplicação da metodologia do Direito Civil Constitucional.

A partir dos anos 80, quando a metodologia aportou no cenário brasileiro pelas mãos dos professores Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, tem-se observado uma adesão expressiva de muitos pesquisadores e juristas que defendem a possibilidade e importância da aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas.

Mesmo com a sua repercussão no meio jurídico, a metodologia tem sido objeto de significativa confusão conceitual. Sua proposta é bem distinta da mera constitucionalização ou publicização do Direito Civil. Orienta o intérprete a analisar os perfis estrutural e funcional dos institutos do Direito Civil, na unidade do sistema, cuja coerência é garantida pela Constituição e os valores de justiça por ela carreados. Também se credita a essa metodologia, a preocupação atenta com a realidade social na qual transitam os diversos institutos, cuja aplicação não pode se fazer sob a indiferença dos múltiplos fatores que repercutem no mundo dos fatos.

Pela valoração das normas constitucionais e o cotejo da realidade social, o intérprete transcende as técnicas meramente subsuntivas de aplicação da norma, sem esbarrar no retorno ao que propôs a Escola do Direito Livre. Na sua jornada hermenêutica que perquire sobre o merecimento de tutela aos diversos interesses acolhidos na unidade do sistema jurídico, deve buscar a realização dos valores fundamentais do ordenamento, em especial, os valores existenciais pertinentes à pessoa humana, vinculando-se não apenas ao mero respeito da lei, mas à realização da justiça do caso concreto, mediante uma argumentação bem elaborada, estruturada e coerente apta a oferecer sólida fundamentação à sua decisão.

Essa coletânea tem por escopo apresentar as bases teóricas da metodologia e a sua aplicação em diversas situações específicas, apontando não apenas suas virtudes, mas os seus pontos mais frágeis e suscetíveis de críticas.

Trecho de apresentação dos coordenadores.

Siga a EDITORA FOCO para
Dicas, Notícias, Lançamentos e Sorteios



INDICADO PARA
GRADUAÇÃO,
PÓS-GRADUAÇÃO
E ADVOCACIA



MENEZES · CICCO · RODRIGUES

DIREITO CIVIL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

EDITORA
FOCO

2021

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES
MARIA CRISTINA DE CICCO
FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES

COORDENADORES

DIREITO CIVIL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

ALGUMAS APLICAÇÕES

EDITORA
FOCO

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES

• Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná) • Coautora e professora visitante da Universidade de Fortaleza (Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza) na Disciplina de Direitos de Personalidade; • Professor adjunto da Universidade Federal do Ceará • Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPq: Direito Constitucional nas Relações Privadas – Fortaleza-CE-Brasil. E-mail: joyceane@uflar.br.

MARIA CRISTINA DE CICCO

• Professora Associada de Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade de Camerino (Itália) • Professora na Scuola di Specializzazione in Diritto Civile e componente do Colegiado do Doutorado em Direito Civil na Legalidade Constitucional da Universidade de Camerino • Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito da Universidade de Camerino • Doutora em Direito Civil pela Universidade de Camerino • Foi Visiting Professor na UERJ na USP, na UNIFOR e Professora na Università del Molise e na Università del Sannio (Itália) • Coordenadora da Unita di Studi sul Diritto Università di Camerino e para a mesma universidade, responsável pela Cátedra Unesco Direitos Humanos e Violência, governo e governança • Coordenadora da Cátedra Italo-brasileira de Direito das Pessoas • Membro da Società italiana degli studiosi del Diritto Civile (SISDICE) da Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Corporato (SIRD) • Membro do IBDFram • Responsável de projetos de pesquisa em tema de Pessoas e mercado • Autora de publicações na área das Relações existenciais e das Relações patrimoniais • Conferencista e palestrante.

FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES

• Doutor em Direito • Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional • Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza – UNIFOR • Professor da Universidade Federal do Ceará – UFC • Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará • Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

2021

**JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES
MARIA CRISTINA DE CICCO
FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES**
C O O R D E N A D O R E S

**DIREITO
CIVIL NA LEGALIDADE
CONSTITUCIONAL
ALGUMAS APLICAÇÕES**

À GUIA DE APRESENTAÇÃO

A presente coletânea, intitulada “Direito Civil na Legalidade Constitucional, algumas aplicações”, é resultado das atividades de pesquisas e parcerias desenvolvidas pelo grupo de pesquisa - Direito Civil na Legalidade Constitucional, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito-PPGD, da Universidade de Fortaleza - Unifor.

Ao longo dos anos e, principalmente, com o desenvolvimento do Projeto Casadinho PROCAD (MCTI/CNPq/MEC/Capes - Ação Transversal nº06/2011), entre os PPGDs da Unifor e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ –, diversas atividades de pesquisa lograram ser realizadas pelos docentes de ambas as instituições. Nesse processo, foi marcante a influência teórica e metodológica da Escola do Direito Civil-Constitucional que, no Brasil, tem sido desenvolvida pelo grupo de pesquisa *Direito Civil na Unidade do Ordenamento: Elementos para uma interpretação civil constitucional do direito privado*, liderado pelo Professor Gustavo Tepedino (UERJ).

Firmada essa parceria, o grupo de pesquisa Direito Civil na Legalidade Constitucional (UNIFOR) foi ampliando as suas conexões com docentes vinculados a diversos outros grupos de pesquisa cadastrados no CNPQ, dentre os quais, *A constitucionalização do Direito Civil*, liderado pela professora Maria Celina Bodin de Moraes (PUC-RJ); *Constitucionalização nas Relações Privadas*, sob a liderança dos professores Paulo Lobo e Fabíola Albuquerque (UFPE); *Direito Privado e Contemporaneidade*, cujo líder é o professor Marcos Ehrhardt (UFAL); *Direitos humanos e vulnerabilidades*, liderado pelas Professoras Ana Carla Harmatiuk Matos e Melina Girardi Fachin (UFPR).

As diversas atividades desenvolvidas em conjunto, seja na elaboração de artigos científicos e coletâneas, seja na composição de bancas de mestrado e de doutorado ou na realização de congressos, encontros e seminários, os docentes envolvidos culminaram por se enlaçar em uma verdadeira rede de pesquisadores, cuja formalização está sendo efetivada.

Como fio condutor de todos esses trabalhos, há uma firme preocupação em se analisar conflitos e problemas pertinentes ao direito civil, sob a luz dos princípios constitucionais, com a aplicação da metodologia do direito civil constitucional.

A partir dos anos 80, quando a metodologia aportou no cenário brasileiro pelas mãos dos professores Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, tem-se observado uma adesão expressiva de muitos pesquisadores e juristas que defendiam a possibilidade e importância das aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas.

Direito civil na vida política: algumas aplicações / Ana Carla Harmatiuk Matos...[et al.]; coordenador por Joyceane Bezerra de Menezes, Maria Cristina De Cicco, Francisco Luciano Lima Rodrigues... - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2012.

464 p.; 17 cm x 24 cm.

Inclui índice e bibliografia.

ISBN: 978-65-5515-281-4

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Constituição. J. Matos, Ana Carla Harmatiuk. II. Teixeira, Ana Carolina Brachado. III. Menezes, Ana Carolina Contini. IV. Lima, Ana Paola de Castro e V. Schreiber. Anderson, Vil. Ramos, André Luiz Antônio. VII. Oliveira, Ana Paula. VIII. Matos, Daniela de Oliveira. IX. Carlos, Edson do Rêgo. X. Konder, Carlos Nelson. X. Pymati, Caroline. XI. Bucci, Daniel. XII. Muniz, Daniela de Oliveira. XIII. Teixeira, Ana Carolina. XIV. Pecanha, Schulm. XV. Tavares, Xiv, Souza, Eduardo Nunes de. XVI. Oliveira, Ewerton Góes de. XVII. Pecanha, Schulm. XVIII. Rodrigues, Francisco Luciano Lima. XIX. Furtado, Gabriel Rocha. XX. Schulm, Gabriel. XXI. Todeschini, Guedes. XXII. Almeida, José. XXIII. Menezes, Joyceane Bezerra de. XXIV. Xavier, Lucia Pedroso. XXV. Ehrhardt, Ir. Marcos. XXVI. Menezes, Gelson. XXVII. Menezes, Joyceane Bezerra de. XXVIII. De Cicco, Maria Cristina. XXIX. Xavier, Lucia Pedroso. XXX. Ehrhardt, Ir. Marcos. XXXI. Frota, Palio Mealmheiros de Carvalho. XXXII. Serra, Rodrigo da Cunha. XXXIII. Menezes, Joyceane Bezerra de. XXXIV. Fleischmann, Simone Tassanini Cardoso. XXXV. Dabestani, Thamás. XXXVI. Almeida, Vitor. XXXVII. Venczel. XXXVIII. Fleischmann, Simone Tassanini Cardoso. XXXIX. Dabestani, Thamás. XXXX. Almeida, Vitor. XXXV. Venczel.

Elaborado por Odílio Hilário Moreira Junior - CRB-8/994
Índices para Catálogo Sistemático:

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da EDITORA FOCO, com exceção do uso das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A violação para publicação ou distribuição das questões de concursos públicos, sem a autorização da EDITORA FOCO, é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis e as penalidades visam os Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafc.com.br, na seção **Atualizações**, eventuais erratas por razões de erros tipográficos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, com o auxílio de e-mail, para que possamos encaminhar as correções para a editora.

Impresso no Brasil (04/2021) – Data de Fechamento (04/2021)

2021
Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.
Avenida Iitororá, 348 – Sala 05 – Cidade Nova
CEP 13334-050 – Indaiatuba – SP
E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

da parcela detentora de patrimônio. Situar a pessoa humana no centro do direito civil e considerar que o patrimônio deve ser orientado a sua realização existencial, sem a primazia que a dogmática tradicional a ele atribuía, tem sido um dos postulados mais importantes da metodologia civil constitucional.

As perspectivas ricas e distintas desenvolvidas nos capítulos em que esta obra se organiza é um estimulante convite para sua leitura, pela variedade e atualidade dos temas, conduzindo o leitor ao que de mais relevante se tem produzido no âmbito do direito privado, com apuro, investigação científica e interação da teoria com a prática e com a complexidade atual das relações sociais e econômicas.

Paulo Luiz Netto Lôbo

Doutor em Direito Civil. Líder do Grupo de Pesquisas "Constitucionalização das Relações Privadas".

SUMÁRIO

À GUIA DE APRESENTAÇÃO

Joyceane Bezerra de Menezes, Maria Cristina De Cicco e Francisco Luciano Lima Rodrigues III

PREFÁCIO

Paulo Luiz Netto Lôbo V

A PRESCRIÇÃO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Anderson Schreiber 1

PACTO ANTENUPCIAL NA HERMENÉUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Ana Carla Harmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira 15

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: ENTRE ACERTOS E DESACERTOS, UMA RESPOSTA AOS CRÍTICOS

André Luiz Arnt Ramos 39

BREVE ENSAIO EM TEMA DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E A CONCEPÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho 51

CONSTITUCIONALIZAÇÃO E RECIVILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO CIVIL: UM MAPEAMENTO ATUAL

Carlos E. Elias de Oliveira 61

DISTINÇÕES HERMENÉUTICAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: O INTÉPRETE NA DOUTRINA DE PIETRO PERLINGIERI

Carlos Nelson Konder 71

SITUAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS: FUNCIONALIZAÇÃO OU COMUNITARISMO?

Daniel Bucar e Daniela de Carvalho Mucilo 87

IMPRESCINDIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO CONTEMPORÂNEO	
Daniele Chaves Teixeira e Danielle Tavares Peçanha.....	101
CRITÉRIOS DISTINTIVOS DO INTÉRPRETE CIVIL-CONSTITUCIONAL	
Eduardo Nunes de Souza.....	115
A RESPONSABILIDADE CIVIL E A CAPACIDADE JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS PSÍQUICAS E/OU INTELECTUAIS	
Francisco Luciano Lima Rodrigues e José de Alencar Neto	147
POR UM NOVO MÉTODO HERMENÉUTICO?	
Gabriel Rocha Furtado	163
A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: ESTUDO DE CASO SOBRE O CENSO DO IBGE	
Gabriel Schulman e Ana Carolina Contin Kosiak	179
NOTAS ESPARSAS SOBRE O DIREITO CIVIL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	
Gustavo Tepedino	205
CAPACIDADE E DIREITOS DOS FILHOS MENORES	
Maria Celina Bodin de Moraes	219
O “NOVO” PERFIL DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL: O DIREITO À DIVERSIDADE	
Maria Cristina De Cicco	241
CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO	
Fabiola Lathrop.....	259
RELAÇÕES PRIVADAS E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO PRÍNCIPIO DO CONTRADITÓRIO	
Marcos Ehrhardt Jr. e Ewerton Gabriel Protázio de Oliveira	293

IDENTIDADE DE GÊNERO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	
Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Paola de Castro e Lins.....	315
A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	
Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier.....	329
COMPREENDENDO O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL PROSPECTIVO	
Pablo Malheiros da Cunha Frota	341
PERSPECTIVAS DE UM DIÁLOGO ENTRE A METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E ALGUMAS PROPOSIÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL	
Rodrigo da Guia Silva.....	353
EM BUSCA DA NOVA FAMÍLIA: UMA FAMÍLIA SEM MODELO	
Rose Melo Vencelau Meireles	379
POR UMA INTERPRETAÇÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG: UM ESTUDO A PARTIR DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO	
Simone Tassinari Cardoso Fleischmann e Caroline Pomié	391
A MARCHA DA AUTONOMIA EXISTENCIAL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: OS ESPAÇOS DE CONSTRUÇÃO DA SUBJETIVIDADE	
Vitor Almeida	407
A CLÁUSULA GERAL DE BONS COSTUMES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	
Thamis Dalsenter	431

A MARCHA DA AUTONOMIA EXISTENCIAL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: OS ESPAÇOS DE CONSTRUÇÃO DA SUBJETIVIDADE

Vitor Almeida

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Discente do Estágio Pós-Doutoral do Programa de Pós-Graduação em Direito da Uni-
versidade do Estado do Rio de Janeiro (PPCD-UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil
da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

A pessoa é digna, pois é um ser livre.

Béatrice Maurer

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. A trajetória da dignidade humana e a autonomia pri-
vada no direito civil: aproximando os conceitos. 3. As transformações da autonomia privada
na legalidade constitucional. 4. A autodeterminação nas escolhas existenciais: a autonomia
extrapatrimonial entre a liberdade e a solidariedade. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A célebre triade *contrato-propriedade-família* durante longo período não só caracte-
rizou a essência do direito civil brasileiro, como demonstrava a inspiração adotada
pelo Código Civil de 1916, calcado no individualismo e patrimonialismo excessivos,
projetando, desse modo, ideais tipicamente liberalistas. A promulgação da Constituição da
República Federativa do Brasil de 1988 e a percepção de que as pessoas humanas deveriam
ser o centro das preocupações de uma renovada dogmática do direito civil, carreadas, no
plano doutrinário nacional, pela constitucionalização deste campo, privilegiando, assim,
não mais os sujeitos virtuais, mas as pessoas concretamente consideradas¹, possibilitaram
o deslocamento axiológico do *ter* para o *ser*, fundamentado, sobretudo, no princípio da
dignidade da pessoa humana, tido como vetor axiológico central e princípio fundante
da ordem normativa brasileira.

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,

1. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro:
Renovar, 2006.

respeitando, nesse passo, não só a liberdade do trânsito jurídico do patrimônio, mas as decisões pessoais livres e autônomas ligadas à sua existência.

Com a alteração do valor axiológico nuclear, papel antes desempenhado pelo individualismo e patrimonialismo, mas atualmente protagonizado pela dignidade humana e solidariedade constitucional, mostra-se desarranjoada a manutenção da clássica lição civilista atada ao *contrato-propriedade-família*. A partir desta constatação, a autonomia privada, valor tão caro ao direito civil de índole liberal, não mais é exclusivamente direcionada à liberdade de troca e disposição do ter, mas sobre tudo alcança 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 privada², de modo a atender também à liberdade voltada aos interesses e a realização existenciais, ou seja, ao conjunto de atributos indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa.

A expansão da autonomia 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*³. Uma justificativa para tal afirmativa é que ela se encontra ainda arraigada à valores já superados pelo ordenamento 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 constitucional⁴ 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

2. Sobre a alteração da autonomia privada, após a chamada constitucionalização do direito civil, remete-se a TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na constituição unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 309-320.

3. Dentre as honrosas exceções, cf. DALSENTER, Thamis. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. In: Revista Brasileira de Direito Civil, v. 14, p. 99-125, 2018; BODIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamis. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. In: Pensar (UNIFOR), v. 19, p. 779-818, 2014; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 16, p. 73-104, 2018; MEIRELES, Rose Melo Venceluz. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, passim.

4. Ver, por todos, sobre a doutrina do direito civil-constitucional: PERLINGIERI, Pietro. *Peris do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Para um compreensão mais aprofundada sobre a chamada constitucionalização do direito civil na experiência e cenário brasileiros, torna-se imprescindível a leitura de BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 3-20 e Perspectivas a partir do direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas a luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constiucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2007, p. 20-41; TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil. Temas de Direito Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008; e, SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda para o direito civil-constitucional*. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 10, p. 1-20, 2016.

jurídicos⁵, mostra-se relevante para o desenvolvimento e reflexão sobre os efeitos da autonomia sobre atos ou negócios de conteúdo não patrimonial.

Neste sentido, se considera o princípio da dignidade da pessoa humana como o fundamento dos atos de autonomia sobre as situações jurídicas subjetivas existenciais, e estas são protegidas prioritariamente pelo constituinte, é possível visualizar um novo trinômio a inspirar o renovado direito civil constitucional, que se assenta na *dignidade-autonomia-personalidade*, que não simplesmente substitui a tríade anterior, mas tornam-se chaves a descontornar a preeminência da tutela e promoção da pessoa humana no ordenamento brasileiro, em todas as suas vertentes, manifestações e atributos essenciais ao pleno e livre desenvolvimento de sua subjetividade. Este trabalho pretende, portanto, 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 intimas às pessoas humanas – as escolhas existenciais.

2. A TRAJETÓRIA DA DIGNIDADE HUMANA E DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO CIVIL: APROXIMANDO OS CONCEITOS

As ideias clássicas concernentes às formulações modernas de dignidade e autonomia decorrem, em larga medida, do pensamento do filósofo Immanuel Kant⁶. Graças, sobretudo, às críticas kantianas, na esteira do movimento humanista individualista moderno do século XVIII, é que o conceito de autonomia passa a se referir aos indivíduos, razão pela qual se diz que a autonomia aplicada à pessoa é “uma conquista tardia da cultura ocidental”⁷, posto que, inicialmente, sua concepção direcionava-se à “[...] coletividade, mais precisamente a seu poder autárquico”⁸.

Segundo a ética kantiana, o indivíduo é compreendido como sujeito moral, que é aquele que faz suas livres escolhas, com base em princípios morais livremente escolhidos⁹. Isto denota a nítida relação entre autonomia e moralidade, na medida em que cada sujeito autônomo legisla sua própria lei moral. Para Schneewind, deve-se a Kant a invenção da concepção da moralidade como autonomia¹⁰, isto é, apresentar a autonomia da vontade como o princípio supremo da moralidade. A questão da moralidade foi reformulada em novas bases por Kant, que, em última instância, pode ser reconduzida a enunciação do

5. BODIN, Maria Celina Bodin de. *Prefácio. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

6. É preciso ressaltar que, historicamente, o conceito de autonomia nasce na cultura política da democracia grega para indicar as formas autárquicas, e só somente a partir do humanismo individualista da Idade Moderna, que culmina na Aufklärung (Iluminação) do século XVIII, que o conceito de autonomia se aplica ao indivíduo⁷. O conceito de autonomia antes do século das lutas, portanto, se remeteu ao sentido de “poder autárquico, quer dizer, a capacidade das cidades-estado em dar-se suas próprias leis, sem estar submetidas às leis ou vontades de outras cidades-estado”. SCHRAMM, Fermin Roland. *A Autonomia Difícil*. In: *Biotica*, v. 6, n. 1, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 27 e 31.

7. SCHRAMM, Fermin Roland. Op. cit., p. 27.

8. Id. Ibid., p. 31.

9. Id. Ibid., p. 32.

10. SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia*. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2005, p. 29.

"imperativo categórico", contido na sentença: "Age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal"¹¹. A moralidade consiste, então, em "não se afastar do imperativo categórico, isto é, não praticar ações senão de acordo com uma máxima que possa desejar seja uma lei universal".¹²

O dever, segundo Kant, não reduz a "um catálogo de virtudes nem uma lista de 'faça isto' e 'não faça aquilo'", mas sim é concebido através de "uma forma" que deve valer para toda e qualquer ação moral¹³. A ação ética representa uma "forma" de caráter universal e incondicional, válida em todo tempo e lugar. Decorre, assim, que todo indivíduo é, na visão do filósofo, um "legislador universal", que representa a "[...] capacidade de estabelecer, pelo uso da razão prática, a regra de conduta ética extensiva a todas as pessoas"¹⁴. A capacidade do indivíduo de se autodeterminar, expressando sua vontade livre, de acordo com a lei que dá a si mesmo, "[...] é mais do que a mera ausência de condicionamentos externos"¹⁵. Para Kant, portanto, conforme escreveu Fermin Roland Schramm, "um agente moral é assim autônomo se for ele, e unicamente ele, a escolher sua lei moral, ou seja, por livre"¹⁶. Entendido de outra forma, a autonomia seria "[...] a competência da vontade humana em dar-se a si mesma sua própria lei".¹⁷

No "reino dos fins", segundo a ética kantiana, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando algo é mensurável e substituível por equivalente, pode ser-lhe estabelecido um preço; contudo, quando algo não admite substituição por qualquer equivalente exatamente por se encontrar acima de todo preço e por sua intrínseca natureza, tem-se a dignidade¹⁸. Desse modo, as coisas possuem um preço, enquanto as pessoas são dotadas de dignidade. Maria Celina Bodin de Moraes esclarece, com base em Kant, que "enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral"¹⁹. Desta elaboração resulta que o "valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente".²⁰

Com efeito, a moral kantiana, baseada na chamada autonomia da vontade, conduz à clássica fórmula que funda a concepção de que o homem deve sempre ser concebido como um fim em si mesmo, impedindo-o de ser considerado como um meio para atingir outras finalidades. Trata-se, para Kant, de uma exigência cardeal decorrente do imperativo

11. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 51.

12. BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Miniegrafia, dezembro de 2010, p. 17.

13. CHAUÍ, Murielma. *Convite à Filosofia*. 11. ed., São Paulo: Atica, 1999. p. 346.

14. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 17.

15. SCHRAMM, Fermin Roland. Op. Cit., p. 32.

16. Id. Ibid., p. 32.

17. Id. Ibid., p. 32.

18. Nas palavras do filósofo: "No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade". KANT, Immanuel. Op. cit., p. 65.

19. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade Humana*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

20. Id. Ibid., p. 12.

categórico, na medida em que "afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas"²¹. Os conceitos de autonomia e dignidade, desde Kant, conforme se pode depreender, estão muito próximos, eis que a dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional, no trilho do pensamento do filósofo, tem por fundamento a autonomia.²²

A influência do pensamento kantiano se propagou, "[...] sendo ainda hoje referência central na filosofia moral e jurídica"²³. No entanto, ressalvas devem ser feitas quanto à apreensão jurídica, visto que embora nele respaldado e fundamentado, não se pode desconsiderar a contribuição de outras correntes doutrinárias, bem como o método e a sistemática próprias do Direito. Dito ao contrário, não se pode confundir a atual configuração dos conceitos de dignidade e autonomia na contemporânea experiência jurídica com o pensamento desenvolvido por Kant, ainda que este se converta em sua raiz filosófica principal.²⁴

Os conceitos modernos referentes à dignidade e à autonomia – centrais à ética kantiana – compartilham, desse modo, a mesma matriz teórico-filosófica que influenciou significativamente à construção de discursos e fundamentos da ciência do direito, especialmente no âmbito do direito privado, nos séculos subsequentes. Assim, seja do conceito de autonomia incorporado pelo movimento voluntarista individualista que reinou como base de todo o direito privado a partir do século XIX, seja da compreensão de dignidade humana que o direito contemporâneo refinou, tornando-o conceito referencial proeminente ao longo do século XX.

Em um primeiro momento, o pensamento kantiano, inserido dentro do movimento iluminista, foi transposto para o domínio do direito sob a concepção de uma liberdade formal, de indole individualista, voluntarista e patrimonialista, que, por sua vez, neste âmbito implicava em autonomia da vontade. Neste sentido, a liberdade, que sempre foi um valor extremamente caro às exigências humanas, teve no plano jurídico sua expressão maior, erigida e firmada durante os séculos XVIII e XIX, exteriorizada como autonomia privada no terreno do direito privado, sob influência do pensamento liberal baseado, sobretudo, no *ethos* burguês então vigente. Conforme ressalta Denis Franco Silva: "[...] a concepção de autonomia tradicionalmente aceita guarda mais do que uma relação de identidade com ideário liberal sendo, na verdade, fruto do mesmo"²⁵. Vê-se, porém, que há "um grande hiato entre o pensamento kantiano e o da comunidade jurídica da época"²⁶, razão pela qual não se pode confundir a noção kantiana da ideia de autonomia com a construção jurídica do princípio da autonomia privada, embora possa se dizer que "[...] o conceito kantiano passou por uma nova leitura e se lhe atribuiu sentido condizente com o espírito liberal individualista exacerbado do séc. XIX".²⁷

21. Id. Ibid., p. 11.

22. KANT, Immanuel. Op. Cit., p. 66.

23. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 15.

24. Em que pese tal ressalva, já se observou que a "dignidade kantiana ainda é um parâmetro para a maioria da doutrina". MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 99.

25. SILVA, Denis Franco da. *O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

26. Id. Ibid., p. 136.

27. Id. Ibid., p. 137.

A compreensão da ascendência da autonomia da vontade a epicentro do direito privado, neste período, se insere na "era das codificações", expressão que designa bem a pretensão de completude dos códigos civis influenciada pela Escola Exegética francesa, que, por sua vez, limitava a interpretação criativa dos juízes²⁸. O movimento de codificação mantinha estreitos vínculos com o modelo de Estado Liberal, o qual, segundo Júger Habermas, revelava [...] uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado²⁹. Os códigos resguardavam, portanto, os interesses da burguesia, regulando as relações que estes mantinham no mercado. Assim, tamanha era a primazia do *bourgeois* sobre os *citoyen*, tal conforme assinala Konrad Hesse, o direito privado:

Como tema de las esferas y los límites de la libertad asumió parcialmente el papel de los derechos fundamentales, que ellos mismos, como se ha expuesto, sólo con reservas podían desempeñar. En todo caso, esa libertad burguesa era una libertad no política, una libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intrusiones del Estado.³⁰

A divisão entre o direito privado e o direito público ascendeu a uma posição central no ordenamento jurídico, capaz de separá-los em dois mundos distintos, inocomunicáveis e isolados entre si, e, incontestavelmente, “destinada a se tornar uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico de todos os tempos”³¹. Finca-se, desse modo, revelando, na verdade, sua face mais intensa, o postulado fundamental que vai nortear por longo tempo a relação entre direito civil e direito constitucional, tratados como dicotômicos, em razão da *summa divisio* inabatívelmente erigida.

Assim, em razão da cisão entre direito privado e direito público, o papel destinado a cada um restava claramente definido. Apesar da dicotomia, os ideais de liberdade e igualdade preconizados no século XVII, cristalizaram-se nas codificações e nas constituições liberais do século XIX e início do século XX³², sugerindo uma relação "estrecha e necessária"³³ entre as esferas públicas e privadas³⁴. Contudo, afirma Konrad Hesse

28. Sobre a Escola da Exegese desenvolvida na França depois da codificação napoleônica, o jurista Renato TREVES sintetizou os seus principios norteadores: [...] ou da identificação do direito com a lei geral abstrata, de um lado, expressão da vontade popular e, de outro, expressão da razão; o da completude do ordenamento jurídico, e, portanto, de sua faila de lacunas; e, o da função declaratória e não criativa da atividade jurisdicional, isto é, da função meramente lógica que reduz o juiz, como disse Montesquieu, a um simples *boeuf de la loi*” (Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas. Trad. Marcelo Brancoli Barueri, SP: Manole, 2004, p. 110).

29. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Trad. Facundo Marcelo Brancoli Barueri, v. 2, Trad. Flávio Benicio Steinerlech. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002.

29. TRAJANO, Jorge. *Teoria dos Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Templo brasileiro, 1997, apud, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 90-91.

30. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001, p. 38-39.

31. FACCINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: FACCINI NETO, Wolfgang (Org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Sul, 2002, p. 11-22.

SÁKEL, M. (Org.). *Constitucionalismo e direito privado*. São Paulo, 2003, p. 13.

10.3.1.3. **Antônio Lôbo.** *Luiz Lira Neto queijo: "O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um compõe seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação)" (Constitucionalização do direito civil, in: Revista de Informação Jurídica, an. 36, n. 141, Brasília, jan./mar., 1999).*

33. HESSE, Konrad. Op. Cit., p. 33.

34. Para um estudo mais pormenorizado sobre a distinção entre público e privado no pensamento jurídico relente-se a SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 22, Rio de Janeiro: Padma, abr./jun., 2005, p. 239-257.

que, a despeito das mencionadas concordâncias de conteúdo, eram desde o princípio ausentes de vínculos.³⁵

Sob esta perspectiva que foi amalgamada uma noção quase absoluta, imponderável do princípio da autonomia da vontade no direito civil oitocentista, tornando-o o pilar do então sistema concebido. Como o modelo erigido visava consagrar a plena liberdade individual frente ao Estado, as restrições à autonomia eram externas e excepcionais³⁶. Conforme se observou, "instalado no poder, o ideal de emancipação do sujeito, de inspiração iluminista, se converteu em uma concepção de liberdade individualista, voluntarista e patrimonialista"³⁷. A liberdade, expressa em âmbito privado como autonomia, se cristalizou na sua ótica negativa, entendida como o espaço de garantia de não intervenção de poderes alheios, isto é, na "ausência de vínculos, pressões ou coações externas"³⁸.

O quadro de estabilidade estampado nos códigos civis sofreu fortes abalos com a intensificação do processo de industrialização no século XIX, aliado à crescente agitação dos movimentos sociais, culminando com a eclosão da primeira grande guerra mundial. Todos esses acontecimentos, agregados a outros, tais como as crises econômicas na primeira metade do século passado, contribuiram para a presença cada vez mais acentuada do Estado na economia, o que provocou profundas mudanças nos sustentáculos liberais que alicerçavam o direito civil¹⁹. O intervencionismo estatal na vida econômica dos indivíduos alterou de vez a posição dos códigos no sistema de fontes do direito privado, que passa a conviver com demais leis ordinárias que regulam assuntos antes tidos exclusivamente sob sua incidência.

Conforme observou Anderson Schreiber, "duas guerras mundiais, os horrores do holocausto nazista e a efetiva utilização da bomba atômica foram apenas alguns dos assustadores acontecimentos que o mundo testemunhou no curto intervalo entre 1914 e 1945"⁴⁰. A par destes eventos, tornava-se imprescindível uma tutela mais efetiva da pessoa humana, de modo a protegê-la das atrocidades cometidas mundo afora⁴¹.

35. HESSE, Konrad. Op. Cit., p. 33-35. Ainda, Paulo Luiz Netto LÔBO observa que "nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que [o direito civil]. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem, máxima apogeo o processo de codificação liberal" (Op. Cit., p. 99).

36. Para uma detida análise sobre esta concepção de autonomia privada, Cf. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

37. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFSCar*. v. 18, 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/dfuerj/article/view/1357/1145>. Acesso em: 25 jul. 2011.

38. BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor*

39. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRJ*, Rio de Janeiro, 2008, p. 409.

40. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6.

41. Além dos horrores nazistas, Heloisa Helena BARBOZA relata os casos do Estudo de Sífilis de Tuskegee e o Estudo sobre Obediência Autoridade de Stanley Milgram ocorridos na década de sessenta e setenta nos Estados Unidos.

em que foram denunciadas graves violações éticas e metodológicas em pesquisas com seres humanos. No primeiro, desde 1932 estudou-se um grupo de 600 pessoas com sífilis, das quais 299, homens negros, foram mantidas sem tratamento, para verificar a evolução da doença. Os sujeitos da pesquisa foram impedidos de ter acesso ao tratamento, mesmo após esta já estar disponível na rede de saúde pública dos Estados Unidos, desde a década de cincuenta. Este estudo foi interrompido em 1972, por pressão da opinião pública, apesar divulgava-se na imprensa. Este Estudo Milgram, foi realizado pelo Departamento de Psicologia da Universidade de Yale, no final

primeira resposta em âmbito internacional foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, na qual se afirmou de modo expresso "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

A consagração do princípio da dignidade humana em Declarações Internacionais de Direitos Humanos e na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 1º, inciso III, além de ter um papel limitador do "inteligente egoísmo", que guiava o mercado através da garantia do livre jogo das vontades, teve o mérito de fortalecer e priorizar a proteção da pessoa humana. Assim, a dignidade da pessoa humana⁴² passou a ser considerada no ordenamento jurídico nacional como "princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas"⁴³. Desse modo, é indispensável a releitura de todo o ordenamento à luz dos ditames constitucionais em prol da reconstrução do sistema vigente a partir de uma indole mais humana e solidária, tendo como bússola axiológica a própria dignidade humana.

A dignidade humana desloca-se a valor nuclear do ordenamento pático, 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 promulgação da Constituição da República de 1988. A vigente orientação constitucional de proteção integral à dignidade da pessoa humana, ergindo-a valor cardeal na construção unitária da ordem normativa nacional, impôs uma (re)compreensão da autonomia erguida a partir dos princípios escupidos na Constituição.

Dante desta nova arquitetura, em especial no âmbito do direito privado, observa Eugênio Fachini Neto que o "poder da vontade também encontra-se limitado", mas, ao contrário, das 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

da década de 1960, recrutaram-se voluntários para uma pesquisa fictícia sobre memória e aprendizagem, onde se buscava verificar o grau de obediência à autoridade dos pesquisados, deliberadamente enganados e submetidos a constrangimento e sofrimentos psicológico" (Op. Cit., p. 416).

42. Segundo Ingo Wolfgang SARLET, a dificuldade de conceituação da dignidade da pessoa humana decorre de "sua 'ambiguidade e porosidade', assim como por sua natureza necessariamente polissemática [...] razão para qual há de se reconhecer que se trata de conceito permanente processo de construção e desenvolvimento". Reconhecida a multidimensionalidade da dignidade da pessoa humana, o autor destaca que "[...] tal dimensões, por sua vez, não se revelam como necessariamente incompatíveis e reciprocamente excluientes". Desse modo, em busca da síntese entre as diversas dimensões da dignidade da pessoa humana, o autor próprio conceituá-la como: "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e correspondente nos destinos da própria vida em comunhão com os direitos seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a teia da vida" (Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF: INARMENTO, DANIEL; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 39, 42 e 51).

43. FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade - Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Indole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005, p. 58.

"abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se accentua a proteção da dignidade da pessoa humana".⁴⁴

Nas palavras de Gustavo Tepedino, "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"⁴⁵. 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, 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".⁴⁶

O ápice da autonomia privada no direito civil de indole voluntarista-contratual foi sucedido pelo valor da dignidade humana. Contudo, tal centralidade não descura 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, aproxima-los de modo a efetivar uma tutela da pessoa humana compatível com a liberdade individual (*rectius: autonomia*).

Dignidade e autonomia, cada uma em seu tempo, se firmaram, respectivamente, como valores nucleares, pilares estruturantes do direito civil moderno brasileiro. Mais apropriadamente, a autonomia privada tão cara a estruturação do sistema civil fundado a partir de 1916 no cenário nacional, erigida com base na igualdade formal e direcionada à aquisição, manutenção e disposição do patrimônio, foi sucedida pela dignidade da pessoa humana, que se tornou o princípio fundamental do ordenamento com a promulgação da Constituição de 1988, não restando exclusivo ao campo privado, mas a todo sistema normativo, unificando, assim, o direito pático. Em outros termos, a dignidade humana serviu na experiência jurídica nacional como valor unificador da ordem normativa vigente, recompondo o sistema anteriormente fragmentado em direito público e privado, atendendo, assim, a própria necessidade do ordenamento que deve ser unitário, sistemático, orgânico e harmônico.⁴⁷

44. FACHIN NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23.

45. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e V, n. 5. Campos dos Goytacazes, RJ: FDC, 2003-2004, p. 171.

46. Id. Idib, p. 171-172.

47. Segundo Gustavo Tepedino, a "complexidade do ordenamento, resultante de inúmeros fatores, tais como a composição legislativa, o sistema sociocultural, a aplicação jurisprudencial das normas, traduz a pluralidade de fontes normativas, mas há de ser compreendido de forma unitária a partir da tábua axiológica contida na Constituição Federal. Com efeito, a Constituição exerce papel unificador do sistema, permitindo a harmonização da pluralidade de fontes normativas. [...] o ordenamento tem que ser sistemático e, a um só tempo, orgânico, lógico, axiológico, coercitivo, uno, monolítico, centralizado" (O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 361-362).

Dignidade e autonomia compartilham não somente o papel de centralidade no binômio interpretação-aplicação nas relações civis em momentos históricos distintos, como também no conteúdo conceitual polisêmico inerente à sua abrangência, em que pese à amplitude da dignidade humana seja maior, pois atua como vetor axiológico do sistema jurídico como um todo, demonstrando, assim, a superação da clássica divisão entre direito público e direito privado. São, assim, dotados de caráter duplice, atuando tanto como valores quanto princípios⁴⁸ cujos contornos e intensidades variam de acordo com o ideário influenciador do pensamento jurídico, que, no plano civil nacional, outrora se orientou pelo liberalismo e hoje se finca no solidarismo constitucional.

Não se deve olvidar, contudo, que embora a autonomia não se imponha mais como a diretriz fundante do direito privado, a mesma não desapareceu, tendo somente sua estrutura e função modificadas. A autonomia passa, então, a ser considerada seja como uma das dimensões da dignidade humana seja como uma de suas expressões, através da sua versão do direito à liberdade. Após seus protagonismos em apartado no direito civil, procura-se agora seu reencontro, não mais com uma autonomia voltada para o livre jogo do mercado, mas direcionada à própria concreção da dignidade humana.

Pode-se, assim dizer, que a autonomia integra a atual configuração da dignidade humana no direito contemporâneo brasileiro, diferentemente da visão kantiana que apregava que a dignidade tem por fundamento a autonomia. Em outros termos, a autonomia quando se volta para o exercício de escolhas existenciais somente se justifica, à luz da legalidade constitucional, se direcionada à concretização da dignidade da pessoa humana, que passa a ser seu fundamento. Impulsos, a parte, da "virada kantiana"⁴⁹, expressão utilizada por alguns autores para expressar a atual importância da influência do pensamento de Kant no debate jurídico contemporâneo, sobretudo no tratamento do princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se imprescindível nos dias de hoje que o direito civil volte os olhos para a autonomia relativa à esfera existencial, de modo a contemplar todas as dimensões e expressões da dignidade da pessoa humana, sem descurar, contudo, que no indispensável itinerário metodológico civil-constitucional existem outros elementos integrantes da dignidade humana e que devem ser sopesados, através de rigoroso recurso ponderativo, sob pena de inversão da tutela da pessoa humana.

3. AS TRANSFORMAÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Em que pese nunca tenha sido uma atividade simples a conceituação da autonomia privada⁵⁰, parece não haver dúvida que sua tradicional concepção ligada aos negócios

48. Neste sentido, já se escreveu: "A dignidade da pessoa humana pode ser concebida sob a duplice dimensão de princípio e de valor". FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, jul./set., 2008, p. 102.

49. Na doutrina nacional, o termo é utilizado por Ricardo Lobo Torres, em *A cidadania multidimensional na era do direito*. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 249.

50. Observa Rose Melo Vencelau Meireles que: "Os conceitos de liberdade jurídica, autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia negocial são tratados pela doutrina ora como fossem uma só coisa; ora como se fossem distintos

jurídicos patrimoniais facilitava significativamente sua operacionalização pelos juristas, tendo em vista sua vinculação à um objeto externo à pessoa humana, ou seja, preso à liberdade do ter dos particulares. Durante longo tempo, portanto, a liberdade da pessoa, entendida como poder de autodeterminação direcionada às escolhas relacionadas à sua própria existência, não foi objeto de preocupação do direito civil, que, então, primava pela garantia do livre trânsito econômico-mercantil, ou seja, caracterizava-se pela primazia das relações jurídicas patrimoniais, representadas fortemente pela figura do contrato.

Para Pietro Perlingieri é necessário examinar a autonomia privada em cotejo com determinado ordenamento jurídico e experiência histórica, a fim de que se possa determiná-la não em abstrato, mas espaço-temporalel contextualizada⁵¹. Disto se infere que o conceito de autonomia é não só relativo, isto é, dependente "[...] em larga medida [da] configuração do ordenamento" específico, como também determinado historicamente⁵². Em que pese à reserva aludida pelo autor no que se refere à dimensão histórica da autonomia privada, a doutrina civilística insiste há tempos em considerá-la como verdadeiro dogma, estreitando sua noção à "iniciativa privada e à atividade dos sujeitos como expressão da própria liberdade"⁵³. Nesta perspectiva, costuma-se definir a autonomia privada como "[...] o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar 'vicissitudes jurídicas' como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados".⁵⁴

Sob este espectro, revela-se o quadro delineado da autonomia privada construído ao longo dos séculos XIX e XX no direito civil, fortemente influenciado pelo liberalismo econômico, em que a liberdade de regular por si as próprias ações identificava-se e, em regra, limitava-se à iniciativa econômica. À margem das exigências históricas, o fundamento da concepção predominante no pensamento jurídico se coloca na "[...] liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual"⁵⁵. Embora esta concepção guiada por "exigência jusnaturalística de proteger ou reconquistar espaço para o valor da liberdade individual"⁵⁶ camuflasse a força do movimento liberalista econômico, não se pode olvidar a notável influência desta formulação no plano civilista tradicional e sua resiliência em se manter no cenário atual.

Desse modo, Pietro Perlingieri propôs a substituição da adjetivação do fenômeno da autonomia – de privada à negocial⁵⁷. O autor sustenta que se encontra superada a distinção entre a natureza privada e pública dos sujeitos aptos ao exercício da autonomia, demonstrando a inconsistência da concepção oferetada à autonomia privada baseada

um dos outros". Para delimitar o âmbito conceitual de cada um deles, Cf. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63-73.

51. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Cicco, 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

52. Id. Ibid., p. 17.

53. PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339.

54. Id. Ibid., p. 335.

55. Id. Ibid., p. 335.

56. Id. Ibid., p. 335.

57. Id. Ibid., p. 338.

no "poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico ao 'privado'". Neste sentido, aduz que "o poder cabe, na realidade, a todos os sujeitos jurídicos, sejam estes privados ou públicos".⁵⁸

Avançou bem ao desvelar que a autonomia não se manifesta através da realização de um negócio bi ou plurilateral de conteúdo patrimonial⁵⁹, como classicamente se entendeu, ampliando seu espectro aos atos negociais de caráter extrapatrimonial. Desse modo, no intuito de eleger a locução mais idônea, capaz de atender a "vasta gama das exteriorizações da autonomia" e "mais aderente à dinâmica das hodiernas relações jurídicas"⁶⁰, optou-se pelo conceito de autonomia negocial, gênero do qual a autonomia contratual se colocaaria como sua espécie. Nesta visão, o atributo "negocial" abarcaria a amplitude necessária a superar as angústias que o adjetivo "privado" impõe, sobretudo, a distinção entre a natureza privada ou pública do sujeito que realiza o ato de regulamentação de interesse, bem como o conteúdo do negócio jurídico realizado.

Em que pese à doutrina brasileira e alienígena amplamente considerem que a autonomia se realize através da celebração de negócios jurídicos, deve-se, contudo, preferir a terminologia autonomia negocial em preferência à manutenção da locução autonomia privada no cenário jurídico nacional. Segundo Rose Melo Vencelau Meireles, "autonomia privada significa autorregulamentação de interesses, patrimoniais e extrapatrimoniais", ou seja, "trata-se de um princípio que confere juridicidade aquilo que for definido pelo titular para o regramento de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas", razão pela qual deve-se preferir "o termo autonomia privada que serve tanto para os atos patrimoniais, quanto para atos existenciais".⁶¹

Dante da profunda alteração no campo da autonomia privada e a necessidade de sua conformação aos valores constitucionais, depreende-se que seria um equívoco compimir fenômeno tão vasto e caro às exigências da pessoa humana, relegando-o as exteriorizações mediante à realização de negócios jurídicos, razão pela qual não se propõe a autonomia negocial como a locução mais adequada no ordenamento brasileiro, que, no entanto, sinaliza para um movimento de "dicotomização" da autonomia privada entre os interesses existenciais e patrimoniais (*rectius: negociais*).

Longe de configurar nova diáde simplória no direito civil brasileiro, é preciso, contudo, diferenciar o tratamento concernente ao exercício da autonomia nas situações jurídicas subjetivas existenciais – a chamada autonomia privada existencial – das patrimoniais – que se adequa bem à expressão autonomia privada negocial. Esta primeira divisão se faz fundamental ante a necessária reflexão que se exige em prol de um tratamento qualitativo diverso da autonomia aplicada aos atos existenciais daqueles de natureza patrimonial.

58. Id. *Ibid.*, p. 336.

59. Refere-se exclusivamente à autonomia contratual.

60. PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, 338.

61. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Op. Cit.*, p. 74,76.

4. A AUTODETERMINAÇÃO NAS ESCOLHAS EXISTENCIAIS: A AUTONOMIA EXTRAPATRIMONIAL 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 oitocentista, os contornos da proteção concedida à autonomia privada direcionavam-se claramente 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 *tert* sobre o *ser*.

A atual compreensão, sob a égide do direito civil constitucional, que a dignidade da pessoa humana constitui o valor fundante e vetor 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, 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 se encontra 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 reforça a ideia de sua desvinculação com os negócios jurídicos⁶². 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"⁶³ é crucial para a independência da denominada autonomia existencial, que cada vez mais se traduz em autodeterminação dos sujeitos privados que, em essência, se expressa como poder de escolha das pessoas humanas no que tange ao "núcleo duro da existência"⁶⁴ 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

62. Sobre a profunda correspondência entre os negócios jurídicos e a autonomia privada escreveu Orlando GOMES: "Sempre, pois, que pratica alguém um ato que serve à sua autonomia privada está a realizar um negócio jurídico". *Transformações gerais dos direitos das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 1967, p. 81.

63. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Op. Cit.*, p. 92.

64. No sentido "núcleo duro da existência": A expressão é de autoria de Stefano RODOTÀ, originalmente publicado em *Perché l'azio*, 2. ed. Bar, Laterra, 2010, p. 191. Neste trabalho foi utilizado a versão traduzida por Carlos Nelson de Paula Konder: RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set., 2018, p. 141. "Quando se chega ao núcleo duro da existência, à necessidade de respeitar a pessoa humana como tal, estamos diante da impossibilidade de decidir [indecidível]. Nenhuma vontade externa, mesmo aquela expressa em uníssono por todos os cidadãos ou por um Parlamento unânime, pode tomar o lugar da vontade do interessado. Estamos diante de uma espécie de nova declaração de *habeas corpus*, diante de uma autolimitação do poder. O corpo intocável torna-se salvaguarda de uma pessoa humana perante a qual, 'em nenhum caso', se pode falar com o respeito. O soberano democrático, uma assembleia constituinte, renova a todos os seus cidadãos a sua promessa de intocabilidade: 'não poremos as mãos sobre vós', nem mesmo com o instrumento graças ao qual, na democracia, se exprime legitimamente a vontade política, isto é, com a lei".

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. Desatender-se-ia, desse modo, a vontade do constituinte de proteger integralmente a pessoa, permitindo que as escolhas existenciais – geralmente não exteriorizadas sob o manto de um negócio jurídico – não encontrasse amparo como um ato de autonomia legítimo e merecedor de tutela.

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 pário 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, as escolhas existenciais manifestadas por intermédio do direito a 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 de concretização desta. A partir do olhar de tolerância e respeito às escolhas existenciais, é possível afirmar que estas podem não 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, um poder de autorregulamentação conferido às pessoas, tanto no que tange ao terreno patrimonial quanto na esfera de cunho existencial, superando, desse modo, sua concepção atrelada 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".⁶⁵

Desse modo, ensina Heloisa Helena Barboza 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"⁶⁶, mais apropriadamente, em consonância com os valores constitucionais. Nos termos da afirmação de Gustavo Tepedino: "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"⁶⁷. Daí, ainda, a observação que "não há que se admitir um espaço de liberdade que afronte as diretrizes constitucionais".⁶⁸

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 individuação de sua *ratio*⁶⁹. Supera-se, dessa maneira, o equivocado discurso unitário em torno da livre iniciativa econômica como fundamento único da autonomia contratual para voltar-se a pulverizar os fundamentos da autonomia privada, mas que devem reconduzir necessariamente à concretização de um princípio constitucional.⁷⁰

A autonomia existencial, afirmam Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, é implementada na medida em que se direciona a "realização de escolhas ligadas não ao patrimônio, mas àquelas 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".⁷¹

Maria Celina Bodin de Moraes comprehende 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".⁷² Deste postulado seria retirado o corolário corporificado no princípio jurídico da liberdade, que segundo a autora "[...] se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada".⁷³

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

67. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 311.

68. BARBOZA, Heloisa Helena. Op. Cit., p. 410.

69. Heloisa Helena BARBOZA já expôs que: "Melhor do que individualizar o fundamento constitucional da autonomia contratar é pesquisar os fundamentos constitucionais da autonomia negocial, que oferecem ao interpretar as coordenadas indispensáveis para emissão dos julgados de valor que o ordenamento assegura aos atos de autonomia simples e concretos" (Op. Cit., p. 413).

70. Pietro Perlingeri escreveu que: "Não é possível um discurso único sobre a autonomia negocial: a unidade axiológica, pois unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que, de modo diferenciado, tocam os referidos valores e regulamentam situações ora existentes, ora patrimônio, ora unius e outras juntas" (Op. Cit., p. 349-350).

71. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de P. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, 2010. Disponível em: <http://www-e-publicacoes.uerj.br/index.php/rduerj/article/viewFile/1357/1145>. Acesso em: 25 jul. 2011.

72. Consoante Maria Celina Bodin de MORAES: "o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrada em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujetos 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" (Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4.º tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85).

73. Id. Ibid., p. 107.

65. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Op. Cit., p. 74.

66. BARBOZA, Heloisa Helena. Op. Cit., p. 410.

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 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".⁷⁴

Se, tradicionalmente, o direito à privacidade (*right to privacy*) sempre esteve associado ao direito de ser deixado só (*right let to be alone*)⁷⁵, contemporaneamente, a privacidade evoluiu para incluir em seu conteúdo a tutela de dados sensíveis⁷⁶, de seu controle pelo titular e, sobretudo, de "respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial".⁷⁷

A ampliação do conceito de *privacy* permite considerá-lo como uma das principais formas de manifestação das escolhas pessoais⁷⁸, permitindo a busca individual do seu estilo de vida, configurando, para muitos, no surgimento de um direito à liberdade das escolhas de caráter existencial. Defende-se, no ordenamento brasileiro, que o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal⁷⁹, e o artigo 21, do Código Civil⁸⁰, fundamentam a proteção da esfera privada de uma pessoa, referindo-se tanto à vida privada, quanto à

74. MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 107.

75. Conforme Maria Celina Bodin de Moraes: "O tradicional conceito do 'direito a ficar só', elaborado por Warren e Brandeis, funda-se numa crítica e anacrônica perspectiva do indivíduo murado, conduzindo a um isolamento protegido, a uma tutela negativa que se concretiza apenas na exclusão dos demais. Nesta concepção o homem era visto como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu interior. Era chamado *homem clauso* [...]" (Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 140).

76. 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, hobbies sexuais, entre outros. Ou seja, são aquelas informações ligadas ao núcleo da personalidade de uma pessoa. Com a promulgação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), os dados sensíveis foram disciplinados entre os arts. 11 a 13. Nossos termos do art. 5º, inc. II, são dados pessoais sensíveis qualquer "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural". Cabe mencionar ainda que a Lei nº 12.414, de 06 de junho de 2011, chamada de Lei do Cadastro Positivo, proibiu a anotação de informações sensíveis, em seu art. 3º, § 3º, inc. II, "assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas".

77. LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9.

78. Sobre a redefinição do conceito de privacidade, Stefano RODOTÀ descreve que: "Uma definição da privacidade como 'direito a ser deixado só' perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue abranger um aspecto essencial do problema e (deve) ser aplicada a situações específicas [...]. Diante de nós delineiam-se duas tendências. Assimistos, de um lado, a uma redefinição do conceito de privacidade que, além do tradicional poder de exclusão, atribui relevância cada vez ampla e clara ao poder de controle. Por outro lado, o projeto do direito à privacidade amplia, como efeito de enriquecimento da noção técnica da esfera privada, a qual compreende em número sempre crescente de situações juridicamente relevantes". Daí articular uma nova concepção de privacidade como "direito a manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada" (*A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. (Organização, seleção e apresentação de tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92-93, 109).

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

80. 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.

81. 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.

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".⁸²

O reconhecimento em nosso ordenamento da cláusula geral de tutela da autodeterminação quanto às escolhas existenciais permite um caráter elástico e flexível que promove uma análise mais detalhada dos casos concretos, bem como permite o vasto recurso aos princípios constitucionais para melhor solucionar o caso concreto. 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. 1, 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, consonante os valores pessoais que a realizem"⁸³, a partir dos princípios constitucionalmente estabelecidos. O reconhecimento do direito à identidade pessoal⁸⁴, embora carente de dispositivo legal específico no ordenamento brasileiro, reforça o respeito às escolhas existenciais, pois 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 uníssono por todos os cidadãos ou por um Parlamento Unânime, pode tomar o lugar da vontade do interessado"⁸⁵. A rigor, não se deve confundir este espaço de liberdade das pessoas com espaços de existência de não direito⁸⁶, 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.

82. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 148.

83. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, 2010. Disponível em: <http://www-e-publicacoes.uerj.br/index.php/fidere/article/viewFile/1357/1145>. Acesso em: 25 jul. 2011.

84. Em literatura nacional, indispensável a CHOCERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

85. RODOTÀ, Stefano. *Laicidade e autodeterminação*, cit., p. 141.

86. A respeito dos supostos espaços de não direito em face do princípio da liberdade, v. NAMUR, Samir. A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 42, Rio de Janeiro: Padma, abr./jun., 2010, p. 131-148.

De acordo com Luis Roberto Barroso, "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"⁸⁷. 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 menor⁸⁸. Decorre, daí, a afirmação: "a luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitimem o conceito de heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais"⁸⁹.

Neste sentido, ainda, é a posição de Daniel Sarmento no sentido de 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 patrimonial".⁹⁰ Tal constatação é decorrente do entendimento que, em âmbito constitucional, reforça-se a autonomia privada existencial em razão dos direitos pertinentes à liberdade serem indispensáveis a uma "vida humana com dignidade".⁹¹

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 tópico constitucional da dignidade humana, que, mais frequentemente, 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*. Trata-se de espaço livre para construção da personalidade como valor, ou seja, da própria subjetividade de cada ser humano.

Nesta marcha, não se descura, por óbvio, da ponderação insita que diversos casos concretos exigem, sobretudo se em confronto com o princípio da solidariedade. Desse modo, a ponderação é o método adequado a 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. Sob essa perspectiva, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro formulou a chamada teoria tríplice da autonomia privada

87. BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jéova*. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer 01/2010-LRB, da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, de 05 de abril de 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcntntheimes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf. Acesso em: 28 jul. 2011.

88. Segundo Luis Roberto BARROSO: "a dignidade como heteronomia tem seu foco na proteção de determinados valores sociais e o próprio bem do indivíduo, aleridos por critérios externos a ele" (Ibid., p. 14).

89. Luis Roberto BARROSO observa que embora as dimensões da dignidade humana como autonomia e heteronomia geralmente se contrapõem, "há também uma certa complementariedade, na medida em que a formação da personalidade individual é afetada por percepções sociais" (Ibid., p. 14).

90. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 14, Brasília: ESMPU, jan./mar., 2005, p. 207.

91. Id. Ibid., p. 207.

existencial que atua a partir da cláusula geral de bons costumes que impõe limites externos à liberdade existencial, cuja incidência é determinada com base na produção de efeitos do respectivo ato, ou seja, da sua eficácia. Ressalta a autora que a aplicação de tal cláusula "promove o desejado equilíbrio entre os princípios constitucionais da liberdade e da solidariedade, ampliando a tutela da autonomia e da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas de direito privado"⁹². A partir desse esquema teórico à luz da tríplice função dos bons costumes – interpretativa, geradora de direito e limitadora de direitos – defende "que os atos de eficácia pessoal não podem ser limitados pela cláusula de bons costumes, pois não admitem limites externos, tendo em vista que só atingem a esfera jurídica do próprio titular". Por outro lado, "os atos de eficácia interpessoal ou social, ao contrário, podem sofrer a incidência dos bons costumes, pois demandam a imposição de limites externos quando produzem efeitos em esferas jurídicas distintas"⁹³.

Sob outro giro, Ana Carolina Brochado Teixeira defende que os "limites à autonomia são internos, pois o ordenamento garante o exercício de liberdades em determinados espaços nos quais a decisão só é legítima se tomada pela própria pessoa, por consequinte, o exercício válido das situações existenciais depende de um sujeito capaz, ou seja, 'detentor de discernimento e funcionalidade, para que ele tenha dimensão da responsabilidade resultante de suas escolhas pessoais'"⁹⁴. Nessa linha, a dignidade "tem como função limitar a atuação do legislador, do juiz, do médico, da família e de outras entidades intermediárias em situações existenciais, para que seja garantido tal espaço único de decisão pessoal". Indispensável concluir, portanto, que "o princípio da dignidade exige que todos os indivíduos sejam igualmente respeitados em suas liberdades, para que possam, autonomamente, construir a si mesmos, a agir segundo seus próprios valores".⁹⁵

Cabe sublinhar que 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.

92. DAISLENTER, Thamis. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 14, p. 99-125, 2018, p. 124.

93. Id. Ibid., p. 124.

94. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 16, p. 75-104, 2018, p. 104.

95. Id. Ibid., p. 103.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 oitocentista, 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 patrimonial, em que o exemplo, por exceléncia, é a autonomia na seara contratual.

O recente entendimento do direito como realidade cultural não imunizou nem o pilar do direito civil liberal – a autonomia privada, sendo-lhe hoje reconhecida a relativa do seu instrumentário conceitual e a dimensão histórica inísta ao instituto. Neste passo, a consideração da centralidade e da supremacia da Constituição, que se traduz na hierarquia normativa das normas constitucionais, impondo a releitura das regras infraconstitucionais à luz da legalidade constitucional atingiram diversos institutos cíviliestas, colocando concretamente a pessoa humana no epicentro do ordenamento. Esta sensível mudança do direito civil, carreadas, 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.

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. 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 existências sobre as patrimoniais. Decerto, que tal diade não é absoluta e há uma nebulosa fronteira entre tais situações que se revelam dúplices, como bem destacado em doutrina.⁹⁶

Tal cenário 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 existências em relação às patrimoniais,

96. Cf., por todos, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Org.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 135-160.

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 muitas 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 à uma existência 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 as 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 ponderatório que nem sempre se revela simples diante da complexidade dos casos que inundam e descontaminam uma natureza humana cada vez mais complexa e líquida⁹⁷, 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 heteronomamente impostas por valores comunitários incompatíveis com uma sociedade plural e secular.

6. REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeoografado, dezembro de 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová*. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer 01/2010-LRB, da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, de 05 de abril de 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeová.pdf. Acesso em: 28 jul. 2011.
- BAUMAN, Zygmund. *Vida Líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
97. Deve-se a Zygmund Bauman 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 a frente numa sociedade líquido 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 líquido-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" (*Vida Líquida*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 7-8).

- BODIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamis. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar* (UNIFOR), v. 19, p. 779-818, 2014.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 183-206.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 4. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Perspectivas a partir do direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constiucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2007.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 11 ed., São Paulo: Ática, 1999.
- DALSENTER, Thamis. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 14, p. 99-125, 2018.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, jul./set., 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. 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*, v. 8, n. 31, 2003.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais dos direitos das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 1967.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, Brasília, jan./mar., 1999.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1882.
- RODOTA, Stefana. Autodeterminação e laicidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set., 2018.
- RODOTA, Stefana. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 22, Rio de Janeiro: Padma, abr./jun., 2005.
- SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Bolítmico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 14, Brasília: ESMPU, jan./mar., 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia*. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2005.
- SCHRAMM, Firmim Roland. A Autonomia Difícil. *Bioética*, v. 6, n. 1, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, p. 1-20, 2016.
- SILVA, Denis Franco da. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Situações jurídicas duplícias: continuando o debate sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Org.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba: Foco, 2019.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula.. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 16, p. 75-104, 2018.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constiucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- TEPEDINO, Gustavo. *Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5. Campos dos Goytacazes, RJ: FDC, 2003-2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era do direito. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TREVES, Roberto. *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas*. Trad. Marcelo Branchini. Barueri, SP: Manole, 2004.

A CLÁUSULA GERAL DE BONS COSTUMES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Thamis Dalsenter

Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado: pela PUC-Rio. Professora de Direito Civil do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria tríplice da autonomia existencial ou extrapatrimonial. 3. A cláusula geral de bons costumes como instrumento para limitação e garantia da autonomia privada existencial. 4. As funções da cláusula geral de bons costumes: função geradora de deveres, função limitadora de direitos, função de cãonone interpretativo. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Somos livres para escolher os rumos das nossas vidas? Há limites para a liberdade de existir? Pode o Estado determinar os caminhos para o projeto de livre desenvolvimento pessoal? Esses questionamentos, devoção claramente filosófica, ganharam espaço na teoria civilista contemporânea e ocupam atualmente o centro de um intenso debate sobre quais são os limites que podem ser legitimamente impostos à liberdade extrapatrimonial em um ambiente de legalidade democrática.

No contexto jurídico brasileiro, a promulgação da Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova agenda crítica para o civilista contemporâneo, especialmente no que diz respeito ao regime das liberdades. Enquanto a autonomia privada patrimonial passou a ser compreendida e limitada pelas lentes de uma ordem pluralista que fixou a solidariedade social e democrática¹ como um dos objetivos da República, os contornos da autonomia privada existencial passaram a ser definidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, assentado como um dos fundamentos da República, com viés francamente coexistencial, voltado para a proteção da pessoa no seu ambiente social, nas constantes experiências intersubjetivas e nos processos de construção de identidades pessoais e grupais.

Tendo isso em vista, as tutelas oferecidas pelo ordenamento jurídico deverão ser qualitativamente diferentes, a se tratar de liberdade que incide sobre o patrimônio ou de liberdade sobre atos de natureza existencial. Se a autonomia patrimonial encontra limites internos impostos pela função social e pela boa-fé, a autonomia existencial não suporta limitações dessa ordem, não estando protegida em razão de sua aptidão para a realização de interesses alheios ao seu titular.

1. A denominação solidariedade democrática é utilizada por Stefano Rodotá para descrever a ampliação da noção de solidariedade social. RODOTÁ, Stefano. *Solidariedade: un'utopia necessaria*. Roma-Bari: Laterza, 2014, p. 4-21.