

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
DOUTORADO EM DIREITO

CLAUDIA APARECIDA COSTA

**A CAUSA DO NEGÓCIO BIOJURÍDICO DE CESSÃO DE GESTAÇÃO E A
PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NA DISPONIBILIDADE CONTROLADA DO
DIREITO PERSONALÍSSIMO AO CORPO**

MARINGÁ/PR

2023

CLAUDIA APARECIDA COSTA

**A CAUSA DO NEGÓCIO BIOJURÍDICO DE CESSÃO DA GESTAÇÃO E A
PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NA DISPONIBILIDADE CONTROLADA DO
DIREITO PERSONALÍSSIMO AO CORPO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR) como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de Concentração: Direitos da Personalidade.

Linha de Pesquisa: Linha 1 – “Os Direitos da Personalidade e o seu alcance na contemporaneidade”.

Orientadora: Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin.

MARINGÁ/PR

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C838c Costa, Cláudia Aparecida.

A causa do negócio biojurídico de cessão da gestação e a proteção da pessoa humana da disponibilidade controlada do direito personalíssimo ao corpo. /

Cláudia Aparecida Costa. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2023.

277 f.; 30 cm.

Orientadora: Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin.

Tese (Doutorado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2023.

1. cessão de gestação. 2. causa contratual. 3. contrato existencial. 4. direito da personalidade. 5. negócio biojurídico. I. Título.

CDD – 340.74

Leila Nascimento – Bibliotecária – CRB 9/1722
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

CLAUDIA APARECIDA COSTA

**A CAUSA DO NEGÓCIO BIOJURÍDICO DE CESSÃO DA GESTAÇÃO E A
PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NA DISPONIBILIDADE CONTROLADA DO
DIREITO PERSONALÍSSIMO AO CORPO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR) como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Membro Interno: Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Membro Interno: Prof. Dr. Cleber Sanfelici Otero
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Membra Externa: Prof. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Membro Externo: Prof. Dr. Valerio de Oliveira Mazzuoli
Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT)

Maringá, 24 de fevereiro de 2023.

Aos meus filhos queridos, por suportarem
minha ausência.

Às matriarcas da minha família, pela
inspiração amorosa.

Aos patriarcas do meu núcleo familiar, pelo
amparo incontestado.

AGRADECIMENTOS

Sou grata ao corpo docente do Programa de Doutorado da Universidade Cesumar (UNICESUMAR) pelas lições preciosas sobre a Ciência do Direito, assim como pelas indicações bibliográficas imprescindíveis.

Agradeço especialmente à Prof. Dra. Rita de Cássia Espolador, Docente da Universidade Estadual de Londrina (UEL), que mesmo sem ser coorientadora deste trabalho, sempre de maneira muito nobre e acolhedora, compartilhou solidariamente seu profundo conhecimento acerca da Bioética e dos negócios jurídicos, mostrando-se indispensável para a construção desta pesquisa.

Ao Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, Coordenador do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), pela gentileza e humanidade com que lidou com minhas incertezas acadêmicas e me fez persistir na escolha por essa jornada.

À Prof. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva e ao Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli, por terem aceitado o convite para avaliar o presente trabalho e pelas contribuições, que certamente farão, para enriquecimento, de modo muito singular, das tão incipientes ideias aqui apresentadas.

Aos colegas de curso pelo agradável convívio acadêmico e à orientadora deste trabalho, Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- Brasil (CAPES - Código de financiamento 001).

O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, seguir a sua evolução e adaptar-se a ela.

Fernando Nóbrega da Silva

RESUMO

A técnica de cessão de gestação tem se mostrado uma forma de reprodução assistida muito desafiadora ao sistema jurídico brasileiro por apresentar-se como um fato social não totalmente legislado e que tem suscitado diversas controvérsias. Por ser um fenômeno que não tem propensão para desaparecer, apresentando-se, de modo contrário, cada vez mais na sociedade contemporânea, reclama por uma observação mais detalhada e minuciosa acerca de seus contornos no contexto jurídico atual. Os contratempos que envolvem a temática decorrem, principalmente, da possibilidade de disposição de direitos personalíssimos para a realização da reprodução. Direitos que, em regra, são apresentados como indisponíveis pela dogmática nacional, mas que na fenomênica social tem sido disponibilizados à margem do crivo do Estado. Desta forma, a presente pesquisa enfrenta tal problemática, adotando o método hipotético-dedutivo pela técnica teórica bibliográfica, com o intuito de incursionar na investigação acerca da natureza jurídica do acordo celebrado entre a família idealizadora do projeto parental, a clínica de reprodução assistida e a gestatrix que se compromete a gestar e a entregar a criança após o seu nascimento, para, como objetivo derradeiro, identificar se o referido acordo pode funcionar, diante do atual arcabouço jurídico já positivado, como um instrumento de proteção das partes. Por meio de uma interpretação civil-constitucional do sistema jurídico, apresenta-se a causa do negócio celebrado como o próprio elemento capaz de garantir a efetivação livre e ampla dos direitos personalíssimos que o acordo reprodutivo envolve ao mesmo tempo em que desempenha a função de paradigma para a mais adequada e sistêmica hermenêutica quanto a validade e eficácia do pacto, diante da análise dos casos concretos conflitivos, quando encaminhados ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: cessão de gestação; causa contratual; contrato existencial; direito da personalidade; negócio biojurídico.

ABSTRACT

The technique of ceding pregnancy has proven to be a form of assisted reproduction that is very challenging to the Brazilian legal system, as it is a social fact that has not been fully legislated and that has raised several controversies. Being a phenomenon that has no propensity to disappear, being, on the contrary, increasingly realized in contemporary society, it calls for a more detailed and meticulous observation about its contours in the current legal context. The setbacks involving the theme stem mainly from the possibility of having very personal rights to carry out the reproduction. Rights that, as a rule, are presented as unavailable by national dogmatics, but which in the social phenomenon have been made available outside the State's scrutiny. In this way, the present research faces this problem, adopting the hypothetical-deductive method by the bibliographical theoretical technique, with the intention of incurring in the investigation about the legal nature of the agreement celebrated between the family that idealized the parental project, the assisted reproduction clinic and the gestatrix who undertakes to carry and deliver the child after birth, in order to, as the ultimate goal, identify whether the aforementioned agreement can work, given the current legal framework already established, as an instrument of protection for the parties. Through a civil-constitutional interpretation of the legal system, the cause of the concluded transaction is presented as the very element capable of guaranteeing the free and wide realization of the very personal rights that the reproductive agreement involves, at the same time that it plays the role of paradigm for the most appropriate and systemic hermeneutics regarding the validity and effectiveness of the pact, in view of the analysis of concrete conflicting cases, when forwarded to the Judiciary.

Keywords: pregnancy assignment; contractual cause; existential contract; personality right; biolegal business.

ABSTRACT

La tecnica della cessione della gravidanza si è rivelata una forma di riproduzione assistita molto impegnativa per l'ordinamento giuridico brasiliano, in quanto è un fatto sociale che non è stato del tutto legiferato e che ha sollevato diverse controversie. Poiché si tratta di un fenomeno che non tende a scomparire, comparando, anzi, sempre più nella società contemporanea, richiede un'osservazione più dettagliata e approfondita circa i suoi contorni nell'attuale contesto giuridico. I contrattempi che coinvolgono il tema derivano principalmente dalla possibilità di avere diritti molto personali per eseguire la riproduzione. Diritti che, di regola, sono presentati come indisponibili dalla dogmatica nazionale, ma che nel fenomeno sociale sono stati resi disponibili al di fuori del controllo dello Stato. In questo modo, la presente ricerca affronta questo problema, adottando il metodo ipotetico-deduttivo mediante la tecnica teorico-bibliografica, con l'intento di incorrere nell'indagine sulla natura giuridica dell'accordo celebrato tra la famiglia che ha idealizzato il progetto genitoriale, l'assistito clinica di riproduzione e la gestatrice che si impegna a portare e partorire il bambino dopo la nascita, al fine di individuare, come fine ultimo, se il suddetto accordo possa funzionare, dato l'attuale quadro giuridico già stabilito, come strumento di tutela per le parti. Attraverso un'interpretazione civile-costituzionale dell'ordinamento giuridico, la causa del negozio concluso si presenta come l'elemento stesso in grado di garantire la libera ed ampia realizzazione degli stessi diritti personali che il patto riproduttivo comporta, svolgendo nel contempo la funzione ruolo di paradigma per la più opportuna e sistemica ermeneutica circa la validità e l'effettività del patto, in vista dell'analisi delle concrete fattispecie di conflitto, quando deferite alla Magistratura.

Parole chiave: assegnazione di gravidanza; causale contrattuale; contratto esistenziale; personalità giusta; affari biolegali.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DF	Brasília
DNV	Declaração de Nascido Vivo
ICIS	Injeção intracitoplasmática de espermatozóides
IU	Inseminação artificial
Inc.	Inciso
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
MS	Mato Grosso do Sul
CFM	Conselho Federal de Medicina
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Especial
RHA	Reprodução humana assistida
Séc.	Século
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEC	Transferência de embriões congelados
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Base de dados - Periódicos Capes.....	177
Tabela 2 - Base de Dados - Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações.....	178
Tabela 3 - Base de Dados - Revista dos Tribunais.....	178

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A REFLEXÃO SOBRE O SER E A DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS.....	21
2.1	ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E METODOLÓGICOS	21
2.2	CONTORNOS CONCEITUAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	26
2.3	DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB O ENFOQUE PÚBLICO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PARTICULARES.....	34
2.4	A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A PERSONALIDADE HUMANA COMO UM VALOR JURÍDICO.....	42
2.5	O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA DIANTE DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS	50
2.6	ATRIBUTOS ESSENCIAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: DA INDISPONIBILIDADE CONTROLADA	61
2.7	A DISPONIBILIDADE DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA DE CESSÃO DE GESTAÇÃO	72
3	DIREITOS NEGOCIAIS: NEGÓCIO BIOJURÍDICO E A SUBSUNÇÃO DO FATO SOCIAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	82
3.1	ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E METODOLÓGICOS.....	82
3.2	FATO SOCIAL: AS MANIFESTAÇÕES DE VONTADE BIOJURÍDICAS.....	87
3.3	FATO JURÍDICO: A SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA.....	94
3.4	NEGÓCIO JURÍDICO: TEORIAS SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS	105
3.5	O PLANO DA EXISTÊNCIA: ELEMENTOS GERAIS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....	114
3.6	MUTAÇÕES DO MUNDO SOCIAL E JURÍDICO: CIRCUNSTÂNCIAS NEGOCIAIS DOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS REPRODUTIVOS	124
3.7	NEGÓCIOS EXISTENCIAIS.....	139

3.8	TIPO NEGOCIAL DA CESSÃO DE GESTAÇÃO	152
4	A CAUSA E A INTERSECÇÃO ENTRE OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS E CONTRATUAIS	171
4.1	ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E METODOLÓGICOS	171
4.2	OS NEGÓCIOS CAUSAIS E O SENTIDO DA CAUSA NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.....	179
4.2.1	A causa material, formal, eficiente e final	185
4.2.2	A causa <i>credendi</i> , <i>solvendi</i> e <i>donandi</i>	189
4.2.3	Causa-fato jurídico, causa-motivo, causa pressuposta e causa final	192
4.3	FINALIDADE ESTRUTURAL DA CAUSA: PLANO DA VALIDADE E EFICÁCIA.....	200
4.4	FINALIDADE FUNCIONAL DA CAUSA.....	215
4.5	A CAUSA DO NEGÓCIO BIOJURÍDICO DE CESSÃO DE GESTAÇÃO	222
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	235
	REFERÊNCIAS	248

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto das pesquisas realizadas durante o curso de doutoramento na Universidade Cesumar (Unicesumar). O Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas concentra seus esforços na observação dos direitos da personalidade em diferentes perspectivas, a fim de promover o desenvolvimento, de forma crítica, dos conceitos e o alcance efetivo deles na sociedade contemporânea. Alinhando-se à área de concentração do programa, partiu-se do histórico de reflexões anteriormente realizadas em sede de Mestrado, acerca dos direitos reprodutivos.

À época daquele primeiro estudo, a preocupação central da investigação girava em torno da identificação do direito reprodutivo enquanto um direito personalíssimo e de seus reflexos às pessoas envolvidas no processo reprodutivo artificial realizado por meio de clínicas médicas especializadas. As primeiras incursões no tema permitiram observar que de todas as técnicas utilizadas para o auxílio da reprodução de casais inférteis a que mais se mostrava atentatória aos direitos personalíssimos era a de cessão de gestação, também vulgarmente conhecida como barriga de aluguel.

Nela, tanto o casal idealizador do projeto parental como a gestante e, especialmente, a criança, fruto do processo reprodutivo, são expostos as mais diversas situações de vulnerabilidade que se chocam diretamente com os mandamentos previstos na lei civil referentes aos direitos da personalidade, como também adentram à esfera constitucional, ferindo gravemente o arcabouço jurídico construído historicamente para a proteção da pessoa.

Sob a influência da linha de pesquisa do Programa, direcionou-se os caminhos do estudo para a observação do alcance na contemporaneidade que a afronta aos direitos da personalidade poderia gerar, nos contornos descritos pela cessão de gestação. Vislumbrou-se a possibilidade de novos limites de proteção, na atualidade e no futuro, dos direitos personalíssimos das partes envolvidas no processo reprodutivo por meio de um instituto já há muito conhecido do Direito Civil, qual seja: o próprio contrato celebrado entre as partes e a clínica médica. Entretanto, uma adversidade se mostrou pujante.

A doutrina tradicional majoritariamente entendia que a proteção dos direitos personalíssimos entrava em conflito com os regulamentos acerca dos direitos negociais, mostrando-se um desafio defender a possibilidade de tutela do indivíduo e da pessoa vulnerável por meio do instituto contratual na cessão de gestação. O

histórico de pesquisa sobre tais questões de Biodireito e acerca da técnica de reprodução assistida conduziram à observação de uma problemática enfrentada pela doutrina brasileira referente à aceitação jurídica ou não da disposição do útero humano feita pela gestante que se compromete contratualmente, com uma família idealizadora de um projeto parental, a gestar e a entregar a criança após o seu nascimento.

Dai surgiu o objeto de investigação desta tese, que se refere à possibilidade de disponibilidade do direito personalíssimo ao corpo humano quando realizada por meio de negócio biojurídico e à adoção da teoria da causalidade como instrumento de proteção da pessoa, diante das construções doutrinárias e legais postas no ordenamento jurídico vigente.

Decorreu, então, do enfrentamento desta questão inicial, o objetivo principal a ser alcançado. Busca-se identificar um instrumento hábil à promoção da disponibilidade do corpo humano quando o próprio sujeito é titular desse direito exercita sua autonomia na cessão de gestação.

Apesar de ser um tema bastante sensível às mais diversas áreas da ciência, como a médica, a biológica, a filosófica etc., a presente abordagem se restringe a um viés estritamente técnico jurídico, afastando-se, portanto, de um juízo de valor com conotação de outras áreas de conhecimento, especialmente das searas religiosa ou moral, que comumente têm funcionado como fundamento implícito para criticar a aplicação de tal técnica.

Enfatiza-se que a vertente aqui buscada se refere a uma investigação comprometida com a identificação da possibilidade de aplicabilidade da técnica em conformidade com parâmetros estritamente jurídicos e condicionados aos contornos valorativos e sistêmicos do próprio arcabouço legislativo nacional.

O exame esquadrinha a viabilidade de que, por meio de acordos privados, seja possível, ou não, garantir a plena liberdade de desenvolvimento da personalidade do disponente e, concomitantemente, uma intervenção mínima do Estado nas relações negociais particulares, sem deixar de efetivar o princípio da dignidade da pessoa.

Levantou-se, portanto, como hipótese principal e inédita de solução à questão levantada, a viabilidade ou não do exame da causa dos negócios biojurídicos como condição para a validade e a eficácia do contrato e, principalmente, como instrumento de concretização do princípio da dignidade humana nas relações contratuais que têm como objeto um direito personalíssimo.

Ter-se-á a técnica gestacional de cessão de gestação como norte paradigmático durante a realização de toda pesquisa, no sentido de utilizar as questões divergentes e problemáticas que sua aplicação enseja para a verificação de propostas e sugestões de solução e, assim, delimitar o alcance do presente estudo.

Concentrar-se-á, portanto, nos aspectos doutrinários e normativos que sistematizam o Direito Civil para regular as relações jurídicas privadas, ou seja, as que se estabelecem entre particulares, mais especificadamente, no que tange aos direitos personalíssimos e contratuais que envolvem a referida técnica gestacional. Assim, esta pesquisa traduzirá a preocupação em apresentar uma visão que articule a ciência do Direito a uma problemática da realidade social.

Por certo que o Direito, mesmo sendo uma ciência autônoma, não se aparta com grande distância do contexto social e histórico que integra a experiência jurídica. Portanto, qualquer análise que se proponha à apreensão mais profunda do campo de manifestação das relações jurídicas sociais, necessariamente, não escapa a uma conotação sistêmica. Para tanto, inaugura-se a pesquisa tendo como premissa o fato de o Direito ser mais amplo do que as regras legais, configurando-se em um processo constante de construção decorrente da prática social, pautado em paradigmas ético-jurídicos.

Assim, destacar-se-á as perspectivas histórica e sociológica do Direito, a primeira com o foco de identificar como as instituições jurídicas se formaram e vão se delineando ao longo do tempo e dos movimentos sociais no que se refere aos direitos personalíssimos, aos direitos negociais e, especialmente, quanto ao conceito e o alcance do instituto da causa negocial e, a segunda, mais voltada a dar ênfase às funções do Direito Civil na sociedade contemporânea.

O cenário de mudanças sociais funcionará, por conseguinte, como o pano de fundo para o padrão interpretativo que será proposto nesta pesquisa, com o objetivo de atribuir um teor mais humano e atualizado à hermenêutica contemporânea dos negócios biojurídicos.

Para tanto, se valerá do método hipotético-dedutivo, partindo-se da adoção de axiomas gerais principiológicos para a formulação de hipóteses que possam, por dedução, apresentar-se como soluções confiáveis aos problemas sociais hodiernamente enfrentados.

Pela técnica da pesquisa teórica bibliográfica, pretende-se incursionar, mesmo sem aprofundar na complexa seara do Direito Constitucional, por preceitos capazes

de fundamentar implicações para o ramo do Direito Civil, este sim, a ser analisado com a profundidade que o trabalho em questão exige. Portanto, as colocações aqui apresentadas acerca dos direitos personalíssimos e dos direitos negociais sempre fundamentar-se-ão na tábua axiológica constitucional.

Tal metodologia será adotada tendo em vista a preocupação em garantir a harmonia e a compatibilidade das propostas com o viés hermenêutico civil-constitucional, capaz de permitir a reordenação de todo o sistema do Direito Civil a partir dos princípios e dos valores da Constituição.

As disciplinas ofertadas pelo Programa acerca dos direitos da personalidade, bem como as disciplinas externas disponibilizadas por programas de doutorado em parceria com a Unicesumar sobre os direitos negociais, durante o curso, foram determinantes no desenvolvimento de um projeto de pesquisa que alinhasse os objetivos gerais, já citados, a outros mais específicos, que serão melhor detalhados e desenvolvidos em cada seção deste trabalho.

Foram elas que forneceram os elementos imprescindíveis para a compreensão da distribuição da temática em cinco seções, incluindo introdução e conclusão, sendo que o desenvolvimento ocorreu em três vértices principais e estruturantes. Dividiu-se a pesquisa nos estudos dos direitos personalíssimos, como ponto de partida. A segunda parte do desenvolvimento do trabalho concentrar-se-á no resultado das pesquisas sobre os direitos negociais e, na parte final, nas conclusões sobre a investigação específica da causa contratual.

Seguindo esse caminho metodológico, a presente pesquisa apresentará três principais hipóteses de exame do problema principal que contorna a temática, a fim de promover as devidas verificações ou identificar a falseabilidade das sugestões apresentadas, bem como a inter-relação de suas variáveis para, com isso, tentar contribuir, por meio do debate teórico, com o incremento do conhecimento na área estudada.

Desta forma, nos textos iniciais da pesquisa, fruto das provocações que o corpo docente do Programa instigou durante as aulas, debates e seminários realizados acerca dos direitos da personalidade, seus fundamentos constitucionais e seus efeitos na sociedade, registrar-se-á as reflexões teórico-conceituais sobre as bases destes direitos, sua amplitude, seu alcance e suas aplicações, sempre promovendo a verificação e a testagem das hipóteses apresentadas em um caso específico de

negócio biojurídico, qual seja: o de cessão de gestação, haja vista ser um negócio complexo que a sociedade moderna tem comumente realizado.

Na primeira parte do desenvolvimento do trabalho (seção dois), propor-se-á uma extensa análise acerca das normativas nacionais pela ótica de diferentes posicionamentos doutrinários sobre os direitos da personalidade, com o fito de enfrentar a primeira hipótese de pesquisa, que se refere à possibilidade de disponibilidade do direito ao corpo humano, apoiando-se, como marco teórico, na doutrina de autores que defendem maior liberdade no exercício do direito ao próprio corpo, especialmente nas construções de Flaviana Rampazzo Soares e Roxana Borges.

Destaca-se que a presente proposta não tem objetivo etiológico, não se concentrando na investigação de causas ou das origens do fenômeno atual crescente de disposição do corpo humano. Busca-se, tão somente, a partir da constatação da problemática social, identificar instrumentos de minimização da vulnerabilidade da pessoa humana diante da realização da disposição dos direitos personalíssimos nos negócios biojurídicos.

Na parte final desta seção, apresentar-se-á o debate atualmente existente sobre o rigor da proibição quanto à disposição do direito personalíssimo ao corpo humano e adentrar-se-á no tema da autonomia corporal, ao abordar a atual concepção de autodeterminação da pessoa. Investigar-se-á a hipótese de o sistema jurídico conferir maior liberdade ao titular do direito subjetivo ao próprio corpo por meio do instrumento contratual, sendo o exercício desta autonomia caracterizado como o próprio direito personalíssimo a ser resguardado pelo Direito.

Superado esse primeiro tema, o fragmento intermediário deste estudo traduzirá o resultado do acompanhamento do avançado estágio de pesquisa desenvolvida na Universidade Estadual de Londrina (UEL), acerca dos contornos e avanços do direito negocial no Brasil. A seção intermediária será dedicada ao historicismo que conformou a disciplina dos direitos negociais em sólidas bases dogmáticas, em que o Direito se fez compreendido no âmbito das codificações e dos conceitos derivados da tradição doutrinária. Dedicar-se-á a compilação de textos que traduzam a essência da estrutura de um negócio jurídico, para, assim, poder identificar a natureza jurídica do acordo de cessão de gestação.

A carência na doutrina tradicional moderna acerca de uma explicação que acomode, na dogmática jurídica atual, as novas situações fáticas que traduzem

acordos entre particulares no contexto social contemporâneo foi o fator propulsor que instigou o surgimento do objeto desta pesquisa. Abordar-se-á a aparente incompatibilidade de algumas normativas e interpretações mais tradicionais acerca do direito negocial em relação aos direitos personalíssimos que permearam a criação do projeto de pesquisa e delinearam o alcance dele. A busca por um instrumento de proteção da pessoa nas relações negociais, capaz de equilibrar, sem radicalismos ou inflexibilidade, duas searas do Direito Civil, que no contexto civil-constitucional, hodiernamente, se faz necessário, permitirá o desenvolvimento da referida seção, além de servir como base das construções que serão propostas na última seção do desenvolvimento deste trabalho.

Desta forma, na terceira seção, iniciar-se-á apontando os antagonismos teóricos da teoria dos fatos jurídicos e dos direitos subjetivos que desembocam e se relacionam com os negócios biojurídicos e promovem a insuficiência para abarcar questões fáticas negociais concretas da contemporaneidade. Na sequência, fundamentar-se-á, com base na doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo, marco teórico adotado nesta seção, a possibilidade de evolução da hermenêutica contratual quanto ao conceito, à amplitude e à abertura para novas interpretações acerca do reconhecimento jurídico da existência de novos arranjos negociais nos quais figurem um direito personalíssimo como objeto.

Para tanto, apropriar-se-á das terminologias próprias utilizadas para definir os planos sob os quais o negócio jurídico deve ser analisado, os elementos, requisitos e fatores que devem estar presentes para a verificação da existência, da validade e da eficácia do negócio e o enquadramento desses institutos ao caso de cessão de gestação. Buscar-se-á, como propósito principal desta seção, realizar a revisão da doutrina, a fim de identificar especificamente os elementos necessários para que se possa afirmar a existência e o ingresso de um negócio, que verse sobre um direito da personalidade, no campo jurídico.

Na parte final desta seção, apresentar-se-á a defesa de um ponto de ineditismo desta pesquisa acerca da correlação existente entre o objeto do negócio biojurídico e o regime de tratamento mais adequado a ser adotado nestas classes negociais. Assim, como objetivo geral desta seção, estar-se-á a propor uma releitura dos princípios aplicáveis ao direito contratual, tendo como norte a desmistificação da visão patrimonialista e a imposição de uma hermenêutica que coloca a pessoa como centro da legislação aplicável a esses institutos, a fim de compatibilizar os direitos

personalíssimos à teoria contratual, garantindo a tutela de efetivação do princípio da dignidade humana.

Diferentemente das seções anteriores, nas quais os mestres de maneira muito solidária foram contribuindo e delineando o rumo das fontes de pesquisa, na última parte da compilação do estudo, a quarta seção do desenvolvimento, os referenciais teóricos adotados foram resultado de uma investigação autônoma e solitária. O tema é muito pouco explorado no Brasil, o que conduziu, na fase de elaboração do projeto, a uma pesquisa baseada em balizas não muito sedimentadas na doutrina nacional contemporânea, que reclamam, portanto, estudos como o aqui proposto. Daí adveio o espaço maior de construções pessoais próprias e originais presentes na seção final deste trabalho, em complementariedade ao estudo do negócio jurídico realizado na seção anterior. Neste estágio da pesquisa, o texto conectar-se-á, também, com a seção inicial do desenvolvimento desta pesquisa, tendo em vista que se lá investiga-se a hipótese de uma ampliação, legal e jurisprudencial, da permissividade de um exercício da disponibilidade do direito ao corpo humano pelo seu titular, aqui, apresentar-se-á o elemento capaz de servir como critério de avaliação dos limites desta disponibilidade pelo Estado/juiz quando da análise dos casos concretos conflitivos ajuizados perante o poder judiciário nacional.

Concentrar-se-á na análise da causa contratual e na perquirição de sua função enquanto reveladora dos elementos objetivos que devem ser seguidos pelas partes negociante na realização do pacto e da conformidade de tais propósitos com a principiologia perseguida pelo sistema jurídico vigente. A partir da teoria da causalidade dos negócios jurídicos, procurar-se-á definir e parametrizar a função dos negócios biojurídicos, qual seja: a proteção da pessoa, a fim de verificar se é possível que os negócios biojurídicos tenham a causalidade como elemento justificador de sua validade e eficácia.

Assim, conferindo protagonismo às evoluídas observações de Eduardo Nunes de Souza acerca dos rumos da temática e suas possíveis aplicações na casuística brasileira, pretende-se observar quais seriam os critérios definidores de uma amplitude quanto à disponibilidade do direito ao corpo humano nos acordos biojurídicos, entre eles, especialmente, a determinação da causa da negociação, sem, no entanto, ofender balizas constitucionais e os axiomas norteadores dos direitos personalíssimos, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Buscar-se-á, ao final, alcançar conclusões acerca da teoria contratual e sua

íntima relação com a estrutura e as funções de institutos jurídicos elaborados dogmaticamente, como o sujeito de direitos, a personalidade, o direito à autodeterminação e a causa de um negócio e, assim, chegar aos resultados que a pesquisa pode auferir a partir de tal análise crítica.

Apresentada, de modo geral, a estrutura metodológica da obra e delineados os contornos do que o leitor encontrará nas próximas linhas, espera-se, no desenvolvimento e no avançar das páginas, descortinar os subsídios que aqui ineditamente se propõe, para a confirmação da tese que será formulada ou, ao menos, instigar o leitor a refutá-los. Por qualquer uma das formas, acredita-se contribuir com o aperfeiçoamento do tema, objetivo maior desta pesquisadora.

2 A REFLEXÃO SOBRE O SER E A DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E METODOLÓGICOS

Sabe-se que os avanços das tecnologias aplicados às Ciências Biológicas possibilitaram novos negócios que nem eram imaginados no passado, sobretudo os de caráter biojurídico. Os negócios biojurídicos são aqueles que têm como objeto bens extrapatrimoniais que envolvem o próprio ser humano, sua saúde ou seu corpo. Desse modo, os casos que apresentam esses negócios podem se referir tanto ao estado físico como ao psíquico da pessoa.

O Código Civil brasileiro prevê a limitação, e até a proibição, em determinadas circunstâncias, da disposição do corpo humano ou de partes dele. Todavia, novos procedimentos têm sido realizados à margem das determinações legislativas. Registra-se, exemplificativamente, o surgimento de graves casos de afronta a direitos personalíssimos e fundamentais decorrentes das cessões de gestação realizadas na Ucrânia¹ por casais do mundo todo, inclusive brasileiros que, diante de algumas restrições da legislação e doutrina nacionais, preferem buscar alternativas de reprodução em países estrangeiros², cuja legislação facilita a realização da parentalidade sem entraves burocráticos.

Percebe-se que os negócios biojurídicos, como o de cessão de gestação, são uma realidade para o Direito e devem ser analisados principalmente quanto aos seus limites, tendo em vista que têm um objeto extremamente particular, um direito da personalidade.

Adota-se, nesta pesquisa, como paradigma de observação, a situação fática da cessão de gestação porque se trata de uma técnica de reprodução assistida por meio da qual é possível celebrar um acordo entre a mãe idealizadora do projeto parental e a mulher que hospeda um embrião humano em seu útero, com a finalidade de gestá-

¹ Joga-se com os sonhos de ambos os lados. De um lado estão os pais estrangeiros, com histórias de anos de odisséias por médicos, especialistas em reprodução e agências de adoção. De outro, as mulheres ucranianas que, por serem barrigas de aluguel, recebem, geralmente, de 15 mil a 20 mil euros. *In: WELLE, Deutsche*. O drama das mães de aluguel na Ucrânia em guerra. **Istoé**, 30 mar. 2022. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/o-drama-das-maes-de-aluguel-na-ucrania-em-guerra/>. Acesso em: 19 jan. 2023.

² SPAR, Debora. Reproductive tourism and the regulatory map. **The New England Journal of Medicine**, p. 531-533, 2005. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp048295>. Acesso em: 10 out. 2022.

lo. Nota-se que a biotecnologia se comunica e se complementa, nessa técnica gestacional, com a realização de um acordo de vontades, que, como visto, nomeia-se de negócio biojurídico por envolver a disposição do corpo humano, um direito personalíssimo.

Enfatiza-se que, no que tange aos bens que podem ser objeto desses negócios biojurídicos, restringir-se-á a observar neste trabalho, unicamente, os que se referem ao próprio corpo. Não se discute, nesta pesquisa, quais são as raízes ou causas de hodiernamente haver uma negociação do corpo humano, tais como as críticas apresentadas por Zygmunt Bauman³ ou Michel Sandel⁴, entre outros, que afirmam haver uma comercialização da integridade física. Busca-se, tão somente, a partir da constatação da situação fática, identificar uma técnica capaz de minimizar a vulnerabilidade do ser humano diante de negociações que tenham como objeto uma questão existencial.

Nesse contexto social, este estudo se conecta com a área de concentração do presente programa de doutoramento, pois, dedica-se, nesta seção, à investigação de mecanismos de proteção da pessoa humana e de seu direito ao próprio corpo, quando tal direito personalíssimo é passível de disponibilidade pela instância negocial.

Do mesmo modo, em consonância com a linha de pesquisa do programa, qual seja, "os direitos da personalidade e seu alcance na contemporaneidade", objetiva-se ter como norte identificar os limites de disponibilidade do referido direito personalíssimo por meio do instrumento contratual, considerando as profundas alterações que os direitos negociais têm sofrido diante dos avanços tecnológicos e a íntima correlação com os referidos direitos.

A temática proposta não escaparia ao devido alinhamento com a área de concentração e a linha de pesquisa do programa, tendo em vista o itinerário de estudos muito bem traçado pelo professor que ministrou a primeira disciplina disponibilizada aos discentes, Dr. Zulmar Fachin, que exibiu uma proposta de interpretação crítica do constitucionalismo, apresentando perspectivas dos direitos fundamentais no século XXI. As aulas enriqueceram tão amplamente a compreensão

³ Destaca-se que, com a globalização, as relações tornaram-se cada vez mais líquidas, principalmente com a vinda das relações virtuais, que "são equipadas com a tecla "delete" e com "antispam", mecanismos que protegem das consequências incômodas (e, sobretudo, dispendiosas em termos de tempo) das interações mais profundas. In: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁴ SANDEL, Michael. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Tradução: Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

sobre os direitos da personalidade e o papel da Constituição Federal enquanto guardião de garantias e dos preceitos fundamentais, a ponto de permitir a identificação de diversos direitos personalíssimos que, muito embora já anunciados no texto constitucional implícita ou explicitamente, ainda reclamam por efetivação diante dos casos concretos, como ocorre nas questões que envolvem a cessão de gestação e as partes nela envolvidas e, assim, auxiliou incisivamente na escolha da temática a ser definida como objeto de estudo do curso todo pelos discentes.

Do mesmo modo, relevante contribuição adveio da última disciplina cursada, ministrada pelo Dr. Alessandro Zeverino Valler Zenni, que lançou luzes sobre a real e necessária contextualização da pessoa e do sentido jurídico que a palavra imprime frente ao positivismo jurídico no contexto atual.

Os debates permitiram a compreensão acerca da necessidade de o operador do Direito não se afastar da devida realocação da pessoa, em seu sentido mais humano e valoroso, no centro do Direito não só público, mas também privado, especialmente os direitos personalíssimos e, assim, afirmar a garantia de tratamento especial a ela, em todas as searas jurídicas, inclusive em sede contratual.

Inspirando-se nas incursões dos mestres, traçou-se o objetivo geral desta tese. O que se pretende analisar é se o citado contrato particular serviria como instrumento de disponibilização dos referidos direitos personalíssimos, sem afrontar ou destituir valores insculpidos constitucionalmente. Para tanto, nesta seção, registrar-se-á os resultados obtidos por meio da leitura e do fichamento das principais obras sobre os direitos da personalidade constantes nos repositórios do programa, a partir da reflexão sobre as características dos direitos de personalidade apontadas pela doutrina, dando destaque à indisponibilidade ou disponibilidade desta classe de direitos.

A Biblioteca da Unicesumar subsidiou eficientemente as fontes de pesquisa nas quais se amparará este trabalho, sobretudo nesta seção. Sendo uma das mais completas do Brasil, acerca dos direitos personalíssimos, quanto ao acervo físico, disponibiliza, ainda, acesso a portais virtuais dos principais bancos de dados sobre a referida área de concentração. A partir da apropriação de tão rica coleção foi possível conjugar os estudos sobre a doutrina clássica, combinada com a contemporânea, no que se refere a tal temática. Adotou-se, portanto, principalmente, as literaturas de Fernanda Cantali, Roxana Borges, Luiz Edson Fachin, Rose Melo Vencelau Meireles, Rita de Cassia Espolador, Flaviana Rampazzo Soares, entre outros, como referências doutrinárias nacionais relevantes para a construção das ideias que serão defendidas.

Acrescenta-se que, muito embora, predominantemente, nesta seção não se apresente sugestões de grandes inovações, haja vista ser dedicada a sintetizar os registros dos posicionamentos dos autores sobre a temática – marcada, portanto, pela compilação teórica e, por vezes, maçante do tema –, mostra-se absolutamente necessária para a edificação das bases fundantes das proposições das seções seguintes.

Destarte, com base nos referenciais aportados, investigar-se-á se a doutrina nacional sinaliza uma tendência à identificação de uma liberdade mais ampla da pessoa em relação ao controle que o Estado exerce sobre a disponibilidade do direito ao corpo frente aos negócios existenciais, sem, entretanto, afastar-se da necessária proteção à pessoa humana. É certo que a doutrina clássica majoritariamente considera que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis. No entanto, uma realidade diferente tem se apresentado aos juristas, na análise dos casos concretos, nos quais ocorre a disponibilização do corpo humano.

A dedicação, por quarenta horas semanais, sobre estes estudos iniciais permitiram observar que a doutrina e a jurisprudência não deixam dúvida quanto à possibilidade de disposição de bens patrimoniais por meio do instrumento contratual, não obstante, quando se trata de direitos personalíssimos, o entendimento não é pacífico.

A visão tradicional construiu os limites da indisponibilidade dos direitos personalíssimos a partir de um arcabouço doutrinário fundado em uma lógica patrimonialista. Roxana Cardoso Brasileiro Borges esclarece que diversos institutos jurídicos, como os conceitos de sujeito de direito, direito subjetivo, personalidade, negócio jurídico e autonomia foram construídos a partir e para uma lógica patrimonialista, que tinha como centro o direito de propriedade e a disciplina de interesses patrimoniais.⁵

As bases de criação desta interpretação serão investigadas inicialmente nesta seção e complementadas na seguinte, ao abordar os contornos da aplicação do princípio da autonomia nos contratos. Aqui, partir-se-á da apreensão hermenêutica da extensão e do sentido dos conceitos de autonomia privada, autonomia da vontade e autodeterminação que, por vezes, confundem-se no tratamento que é dado ao tema

⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e críticas à razão patrimonial aplicada aos direitos de personalidade. *In*: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Claudia Corrêia Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coords.). **Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

dos negócios jurídicos e, não raro, são tratados como sinônimos. Esclarece-se que o recorte proposto analisará o exercício da autonomia quanto à possibilidade de disponibilidade do direito ao corpo única e exclusivamente feita pelo próprio titular desse direito.

O estudo não pretende alcançar situações nas quais a disponibilidade deve ser manifestada por uma terceira pessoa, como ocorre, exemplificativamente, entre pais e filhos ou em negócio jurídico *post mortem*⁶, nas quais a manifestação de vontade de disponibilização do direito ao corpo ou de partes do corpo dependeria de uma terceira pessoa que não é a própria titular do direito em comento.

Há que se recordar que, ao se tratar de negócio jurídico privado, se está diante do mais amplo espaço de exercício da autonomia, dentro do sistema jurídico. Sobre essa questão, observar-se-á que o negócio, como meio de efetivação da autonomia de cada indivíduo, corrobora a legitimidade de uma ordem jurídica, na medida em que permite estabelecer elementos a partir dos quais os indivíduos possam ser vistos como autores e destinatários das normas que lhes regem. Assim, buscar-se-á identificar se o princípio da autonomia serviria como justificador de uma ampliação no que tange à disponibilidade dos direitos personalíssimos no campo dos negócios jurídicos privados. Porém, como visto, as situações jurídicas negociais podem se referir a interesses de ordem patrimonial ou também existencial.

Quanto a estas últimas, seu conteúdo não pode se submeter integralmente à lógica de mercado que permeia as primeiras. Por certo que o instrumental teórico e legislativo usado para garantir o exercício positivo dos direitos personalíssimos em sede de relações contratuais demandará a reconstrução de alguns paradigmas norteadores da temática que sejam mais adequados à nova realidade social.

A busca por essa reconstrução é a justificativa dessa pesquisa, haja vista, a partir desta problemática, e em direção ao encerramento desta seção, a tentativa de ressignificar alguns critérios interpretativos acerca dos limites de disponibilidade do direito ao corpo humano quando essa disposição for feita pelo próprio titular do direito, em um negócio biojurídico.

⁶ A paternidade socioafetiva post mortem se refere a uma relação paterno-filial na qual o criador não reconheceu o filho social como seu, mas possuíam uma intensa convivência e um afeto de pais para filho, vindo a falecer sem reconhecê-lo. Assim, o titular do estado de filiação poderá pleitear judicialmente seus direitos. In: TAVARES, Beatriz Cal. O reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem e a possibilidade da multiparentalidade: um direito do filho. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 5, n. 2, p. 33-47, abr./jun. 2020. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3387>. Acesso em: 24 jan. 2023.

Tendo sido exposto brevemente o percurso da pesquisa a ser realizada nesta primeira seção de desenvolvimento, torna-se necessário enfrentar a fase inaugural de aprofundamento do tema. Assim, no próximo tópico, ocupar-se-á do estudo acerca do conceito e do conteúdo dos direitos personalíssimos.

2.2 CONTORNOS CONCEITUAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Vive-se em um cenário de afronta a diversos direitos, alguns já fortemente sedimentados e garantidos na cultura jurídica nacional, outros ainda não amparados legalmente, quando muito amparados juridicamente por força de jurisprudência e, em outros casos piores, ainda nem reconhecidos por ela. O universo tecnológico se apresenta como um grande desafio contemporâneo e os avanços das ciências, especialmente da Medicina, entre outras transformações, conduzem a práticas sociais e situações que têm repercussão jurídica ainda desconhecida para o operador do Direito.

Na mesma medida em que os avanços tecnológicos podem denotar o surgimento de novos direitos, descortinam também, paradoxalmente, a necessidade de amparo e proteção de novos ou antigos direitos que refletem valores sociais inegociáveis de uma sociedade em mutação, especialmente quando se trata de direitos personalíssimos, haja vista se enquadrarem dentro dos mais essenciais à pessoa humana. Diante deste cenário hodierno, os direitos da personalidade, dados à proteção da pessoa contra possíveis afrontas desencadeadas pela modernidade, compõem matéria de pujantes investigações.

Sabe-se que no ordenamento jurídico nacional o Código Civil de 1916 não contemplava expressamente os direitos personalíssimos. A codificação de 2002 inaugurou, expressamente, um capítulo destinado a eles.

O primeiro livro do Código Civil brasileiro, dividido em três títulos, trata do tema "Das Pessoas" entre os artigos 1º a 78. O legislador sistematizou os direitos da personalidade, dedicando os artigos 11 a 21 ao estabelecimento de um rol não exauriente de direitos que são fundamentados na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inc. III⁷, que versa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] In: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da**

forma, muito embora os direitos personalíssimos sejam disciplinados pelo Código Civil eles têm fundamento constitucional que elastece sua amplitude e seu alcance.

Tais artigos não enfeixam ou descrevem encapsuladamente quais são os direitos personalíssimos. Extrai-se, pela previsão expressa na lei civil, os direitos à inteireza física e espiritual (arts. 12 a 15), ao nome (arts. 16 a 19), à imagem (art. 20) e o direito moral do autor de obra intelectual (art. 21).

Por certo que a complexidade da personalidade humana não se limita a esses atributos, portanto, os direitos positivados não exhaustivamente no Código Civil se apresentam ladeados doutros direitos de *status* e tratamento idênticos, igualmente dedicados à proteção da pessoa, cuja fundamentação se encontra amparada na Constituição Federal, como a identidade, a vida, a liberdade, a privacidade, a igualdade, a honra etc.

Diante da sistematização legislativa uma série de classificações doutrinárias surgiram na tentativa de delimitar os direitos personalíssimos.

Antonio Chaves apresenta em sua doutrina uma divisão entre direitos da pessoa natural e da personalidade, entendendo que os primeiros se referem à vida, à integridade física, às partes do próprio corpo, à liberdade e ao direito de ação, enquanto os segundos se relacionam com a honra, o nome, a própria imagem, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de religião, a reserva sobre a própria intimidade e o segredo e direito moral de autor.⁸ Já Carlos Alberto Bittar os classifica da seguinte maneira:

Podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros são referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo); e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).⁹

República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

⁸ CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 22.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49.

Observa-se que não há um consenso acerca da classificação dos autores. Conforme pontua Anderson Schreiber, não havia uma unanimidade na identificação sobre quais eram os direitos da personalidade. Falava-se com frequência no direito ao próprio corpo, no direito à honra e no direito à vida, mas alguns autores acrescentavam, ainda, o direito ao nome e outros direitos. Havia mesmo quem incluísse no rol o direito à propriedade, cuja natureza patrimonial representava, para outros, a própria antítese dos direitos da personalidade.¹⁰

Mesmo diante da inexatidão que a legislação aberta conduz, por certo, a contração legislativa se mostraria ainda mais temerária, haja vista possibilitar a restrição do campo de aplicação da defesa dos direitos essenciais ao homem. Por esta razão, a lei civil apresenta normas de amplo aspecto de interpretação, que permitem uma flexibilidade classificatória, assim como ensejam a criação dos chamados "novos direitos personalíssimos", permitindo que, ao serem admitidos pela doutrina e, especialmente, pela jurisprudência, ingressem no arcabouço legislativo nacional de proteção à pessoa humana.

Por certo que os direitos personalíssimos são resultado de uma longa marcha de conquistas históricas, resultantes da prática judicial, da produção legislativa e da reflexão doutrinária que fazem emergir, a cada dia, novos direitos da personalidade, manifestações existenciais das mais variadas que vêm clamar pelo reconhecimento de sua essencialidade.¹¹

Desta forma, alguns direitos que possibilitam que a pessoa alcance a fruição plena da ordem natural da vida passam a ser sancionados posteriormente, em sede doutrinária e jurisprudencial, como direitos da personalidade. É o que se observa com relação aos direitos reprodutivos, que são considerados por parte da doutrina como direitos da personalidade e que decorrem do direito ao próprio corpo e da sua integridade física.

Tais direitos não se encontram expressamente previstos no rol do Código Civil, entretanto, é imperioso que se reconheça que têm amparo constitucional por meio de uma interpretação construtiva dos princípios constitucionais, bem como de uma visão sistêmica das regras jurídicas.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

¹¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 228.

Embora, na Constituição da República do Brasil, não haja previsão expressa a um direito à procriação, o art. 226, §7º¹², ao estabelecer que o planejamento familiar deve ser exercido pela livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, fundando-o nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, implicitamente garante o direito à reprodução. Da mesma forma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo XVI, assegura expressamente o direito de qualquer pessoa fundar família, em que, novamente, subentende-se o direito de procriar.¹³

Para Guilherme de Calmon Nogueira da Gama, os preceitos contidos no *caput* e no §7º do art. 226¹⁴ da Constituição Federal indicam a existência do direito à reprodução como direito fundamental:

Por conseguinte, o direito de procriação existe e, como tal, deve ser assegurado pela ordem jurídica. Se a Constituição Federal protege a família e esta é constituída pelos genitores e seus descendentes, a proteção deve ser estendida à procriação, um dos recursos por meio do qual a família será constituída. Seria ilógico não reconhecer o direito de procriação, pois estaria tutelando a família, sem tutelar sua origem.¹⁵

Neste mesmo sentido, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira consideram que o direito à reprodução é um direito fundamental, “visto que compõe a construção da personalidade da pessoa humana e de seu projeto

¹² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituição oficiais ou privadas. In: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

¹³ Art.XVI. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 24 jan. 2023.

¹⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituição oficiais ou privadas. In: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 713.

parental”.¹⁶

Reafirma-se, ainda, no art. 9º da Lei nº 9.263/96¹⁷, ao regulamentar o referido dispositivo constitucional, a ideia de que a procriação é um direito subjetivo, ao estabelecer que para o exercício do direito ao planejamento familiar serão oferecidos todos os métodos e as técnicas de concepção e contracepção aceitos cientificamente e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Com base em tal fundamento, Maria Claudia Crespo Brauner reconhece o direito à reprodução e classifica-o como direito fundamental personalíssimo.¹⁸

A autora assevera que o reconhecimento do direito a ter filhos deve ser compreendido como um direito personalíssimo, indisponível, inalienável, devendo ser protegido pelo Estado e suas instituições.¹⁹

Silvio Romero Beltrão esclarece que tais direitos fazem referência a “um conjunto de bens que são tão próprios do indivíduo que chegam a se confundir com ele mesmo”.²⁰ Não se pode negar que o desejo de ter filhos é um fator de grande importância para o desenvolvimento da personalidade e, por isso, deve ser considerado como tal.

Percebe-se pela construção doutrinária acerca do direito à reprodução que a limitação quanto à determinação dos direitos personalíssimos na lei civil seria impeditivo para que alguns direitos, como exemplificativamente demonstrado pelo direito à reprodução, alcançassem o patamar de garantia direcionada aos particulares.

Nesse sentido, Anderson Schreiber reforça a inadequação do uso de normas fechadas para tratar sobre os direitos personalíssimos:

Tratar dos direitos da personalidade de modo regulamentar, com normas casuísticas, fechadas, é extremamente perigoso. Isso por três razões principais. Primeiro, porque são direitos de índole constitucional, cuja proteção não pode ser indevidamente limitada pelo legislador ordinário.

¹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 57.

¹⁷ Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. *In*: BRASIL. **Lei nº 9.263 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

¹⁸ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 53.

¹⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 52.

²⁰ BELTRÃO, Silvio Romero. *Tutela jurídica dos direitos da personalidade*. *In*: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo código civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2005.

Segundo, porque as situações fáticas em que se configura a ameaça aos direitos da personalidade são amplíssimas e têm se expandido continuamente em face das novas tecnologias. Terceiro, não é incomum que a proteção dos direitos da personalidade colida com a tutela de outros direitos de ordem constitucional. Nesses casos, as normas fechadas estabelecidas pelo legislador ordinário perdem sentido, exigindo que o intérprete proceda à necessária ponderação entre os interesses conflitantes.²¹

Observa-se, portanto, que a conceituação e a abrangência dos direitos da personalidade são temas de imprecisão dentro da dogmática jurídica, haja vista a incompreensão valorativa dessa classe de direitos. Tal problemática conduz à indefinição, por consequência, do regime jurídico que se reserva a eles. Carlos Alberto Bittar sintetiza os diversos impasses sobre a temática:

Em verdade, o universo desses direitos está eivado de dificuldades, que decorrem, principalmente: a) das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação; b) do caráter relativamente novo de sua construção teórica; c) da ausência de uma conceituação global definitiva; d) de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, como direitos fundamentais; privado, de outro, como direitos da personalidade), que lhe imprime feições e disciplinações distintas; e) de sua fundamentação e justificação no plano das divergências filosóficas.²²

No mesmo sentido, Elimar Szaniawski destaca que na seara jurídica a atribuição de imprecisões doutrinárias é quase unânime quanto à terminologia atribuída aos direitos direcionados à pessoa, o que provoca uma série de obstáculos para um entendimento uniforme acerca da natureza dessa categoria de direitos subjetivos.²³ Mais remotamente, a doutrina já chegou a negar a existência dessa classe de direitos.

Neste sentido, Silvio Romero Beltrão corrobora com a temática, ao esclarecer que:

Novo Código Civil concedeu aos direitos da personalidade uma parcial disciplina legislativa, tanto para os elementos que constituem sua estrutura, quanto em relação à enumeração dos direitos a que se refere. É certo que os direitos da personalidade são mais numerosos do que aqueles em que o legislador do direito privado preocupou-se em disciplinar, sendo a indeterminação de sua extensão uma das causas que contribuíram para desacreditar a categoria por muitos estudiosos.²⁴

²¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 226.

²² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30.

²³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 80.

²⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 37.

Francesco Messineo apontava uma segunda razão para a incredulidade da doutrina. Afirmava que a pessoa não poderia ser ao mesmo tempo sujeito e objeto do direito, situação que ocorreria caso a pessoa fosse considerada como o próprio objeto dos direitos personalíssimos. Entretanto, Francesco Messineo defende que no direito da personalidade o seu objeto não é a pessoa, mas um atributo seu; atributo este que é objeto, não enquanto conexo com a pessoa, mas enquanto matéria de fato da tutela jurídica contra abuso ou usurpação por parte de outro sujeito.²⁵

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar afirma que na perspectiva da doutrina tradicional o objeto desses direitos se encontra nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do homem, individualizados pelo ordenamento jurídico e que são alvo de especial atenção e proteção.²⁶

Corroborando desse posicionamento, Silvio Romero Beltrão afirma que o objeto dos direitos da personalidade não é, portanto, exterior ao sujeito, diferentemente dos demais bens. Arremata o raciocínio, o autor, esclarecendo que esta não exterioridade não significa dizer que a pessoa e os bens da personalidade são idênticos, pois o modo de ser da pessoa não é a mesma coisa que a pessoa, do contrário, seria possível afirmar que a pessoa seria ao mesmo tempo sujeito e objeto de si própria, representando um *ius in re ipsum*.²⁷

Adriano de Cupis defende que a necessidade de relação jurídica externa ao bem não pode ser óbice à aceitação desta classe de direitos. Neste sentido, esclarece que:

A exigência de um poder, de uma defesa subjetiva aos bens da personalidade decorre do fato de que a sua interioridade não implica automaticamente na sua plena permanência ou conservação. Na verdade, a vida, a integridade física ou a moral podem apesar da sua interioridade em relação ao sujeito escapar ao mesmo, sofrendo diminuição por ação de terceiros, sendo, portanto, necessário um poder jurídico voltado justamente para garantir a plena conservação de tais bens. Uma óbvia exigência de defesa postula que os bens interiores sejam objeto de direito.²⁸

²⁵ MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1952. p. 4.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 22.

²⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

²⁸ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Afonso Celso Furtado Resende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 27.

Atualmente, a doutrina mais moderna não questiona a existência do direito personalíssimo pela coincidência decorrente do objeto e do sujeito residirem na pessoa humana, entretanto, não se pode esquecer de outra imprecisão levantada pela doutrina no que se refere ao enquadramento dos direitos personalíssimos como direitos subjetivos. Sabe-se que direitos subjetivos são aqueles que concedem uma faculdade para titularizar uma determinada relação jurídica, um verdadeiro poder que o titular de um direito positivo tem de fazer valer seu direito individual.²⁹

Nesse sentido, Jabur Haddad entende que:

[...] por muitos foi negada a qualidade de direitos subjetivos aos direitos personalíssimos nos quais não se enxergava a existência de uma faculta concedida pelo direito objetivo ao titular em cujo benefício surgiria um direito, então subjetivo, tão-só em decorrência da violação de um direito personalíssimo. Todavia e se bem examinados, os direitos personalíssimos evidenciam, *ab ovo*, múltiplas possibilidades de utilização ou fruição, todas, decerto, atentas à temporal e parcial concessão ou permissão, graciosa ou onerosa, para exploração das potencialidades ou virtudes econômicas contidas na essência desses direitos privados sui generis e autônomos.³⁰

Não há dúvida de que os direitos personalíssimos elencados no Código Civil têm natureza jurídica de direitos subjetivos privados, contudo, distinguem-se por fazerem parte de uma classe particularizada, que exige posição singular e tratamento especial entre os direitos privados. Assim, pode-se definir os direitos da personalidade como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao próprio ser titular dos referidos direitos, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas.³¹

Fernanda Borgetti Cantali corrobora com esse entendimento e o amplia ao afirmar que, muito embora hoje os direitos da personalidade sejam consagrados

²⁹ O direito subjetivo consiste em um dos conceitos mais elementares da teoria do direito, o que em nada diminui sua complexidade sendo um dos temas mais polêmicos já desenvolvidos. Diante de todo o pensamento articulado sobre o direito subjetivo no processo de desenvolvimento científico do direito, de antemão, cremos ser possível afirmar que seus estudos evidenciam a existência de uma verdadeira teorização sobre o direito subjetivo. Usualmente, definiu-se o direito no sentido subjetivo como a *facultas agendi*. Nesta dimensão ele representaria um poder de exigir determinado comportamento de outrem, sendo que tal poder é conferido pela norma jurídica. *In*: ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. *Direito Subjetivo I: conceito, teoria geral e aspectos constitucionais*. **Revista dos Tribunais**, 2012. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Direito-subjetivo-artigo-Georges-Abboud-e-Henrique-Garbellini-v.digital.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

³⁰ JABUR, Gilberto Haddad. Os direitos da personalidade No Código Civil Brasileiro. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 58, p. 445, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=142689310&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 7 dez. 2021.

³¹ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

enquanto direitos subjetivos, é certo que "a realização da personalidade extrapola a noção de direito subjetivo, relevando-se também na pluralidade de situações jurídicas existenciais merecedoras de tutela".³²

Diante do exposto, os autores não deixam dúvida quanto à especialidade dos direitos da personalidade e a imperiosa necessidade de proteção deles em todos os âmbitos com os quais se vinculem e reflitam.

Concludentemente, pode-se retirar do exposto pelos autores que mesmo que não se possa exaurir o conteúdo dos direitos da personalidade na categoria de direitos subjetivos que estão tipificados de maneira fragmentada na lei civil, haja vista consubstanciarem também um valor jurídico, como adiante se verá, não se pode negar sua natureza de direitos vocacionados a mais lúdima proteção do ser humano nas suas relações privadas.

Essa função garantista denota a relevância de especial atenção no trato doutrinário, a fim de facilitar a percepção e a identificação dos direitos personalíssimos que ainda não estejam reconhecidos no arcabouço legislativo nacional no rol de direitos civis ou, tampouco, como direitos fundamentais. Sob essa feição de direitos fundamentais, sob as quais os direitos personalíssimos também podem figurar, passar-se-á, a seguir, a analisar.

2.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB O ENFOQUE PÚBLICO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PARTICULARES

Tanto os direitos personalíssimos quanto os direitos fundamentais têm a dignidade do ser humano como centro referencial e, em certa medida, apresentam pontos de convergência na construção dogmática de suas teorias. Entende-se por direitos da personalidade aqueles decorrentes da natureza única e livre do homem, regulados na lei civil, que têm por escopo a proteção dos atributos pessoais e identificadores do indivíduo perante outros homens contra os possíveis conflitos que possam entre eles surgir. Ao passo que, ao se refletir sobre o direito à proteção da pessoa nas suas relações com o Estado, ingressa-se no âmbito de alcance dos direitos constitucionais, cuja função precípua é regular as relações dos indivíduos com o Poder Público.

³² CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direito da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 72.

Além das divergências doutrinárias já apontadas no tópico anterior, persiste, ainda, a dificuldade de sistematização no que se refere à natureza pública ou privada dos direitos personalíssimos e sua relação com os direitos fundamentais, haja vista a coincidência temática entre essas duas classes de direitos. Assim, a identificação dos contornos destes direitos passa a ser o objeto deste capítulo.

A doutrina aponta como ponto principal de diferenciação o enfoque e o alcance de cada direito positivado. Nelson Rosendal esclarece que os direitos da personalidade são estudados sob a ótica dos direitos privados, considerados como garantia mínima da pessoa humana para suas atividades internas e para suas projeções para a sociedade e, por isso, impõem uma conduta negativa à coletividade.³³

Ao passo que, os direitos fundamentais, descortinados na esfera pública, correspondem a imposições para assegurar aqueles direitos. Nesse sentido, Nelson Rosendal entende que enquanto os direitos da personalidade afirmam a proteção avançada da pessoa humana, estabelecendo condutas negativas para a coletividade (obrigação de não fazer, isto é, de não violar a personalidade de outrem), as liberdades públicas funcionam a partir de garantias constitucionais, impondo condutas positivas ao Estado para que sejam assegurados os direitos da personalidade.³⁴

Para Anderson Schreiber, a diferença de nomenclatura dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade se refere tão somente ao plano, público ou privado, em que a personalidade humana se manifesta, de modo que essas diferentes designações se destinam a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica.³⁵

Neste sentido:

Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado”. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos

³³ ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 176.

³⁴ ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 177.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

nacional e internacional.³⁶

Jorge Miranda esclarece que os direitos fundamentais estabelecem a relação verticalizada que existe entre o Estado e o particular, enquanto os direitos personalíssimos delimitam o vínculo horizontalizado que nasce entre particulares na esfera privada. Pontua o autor que os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, já os direitos de personalidade denotam relações de igualdade. Assim, os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares; já os direitos de personalidade, uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta a dos direitos fundamentais. O autor conclui, sintetizando que, por isso, os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional e os direitos de personalidade ao do Direito Civil.³⁷

Nesta mesma esteira, Carlos Alberto Bittar afirma que se divide, de um lado, os “direitos do homem” ou “direitos fundamentais” da pessoa natural, como objeto de relações de Direito Público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado, incluindo, nessa categoria, exemplificativamente, os direitos à vida, à integridade física, às partes do corpo, à liberdade e o direito de ação.³⁸

Enquanto na esfera de proteção dos direitos personalíssimos o mesmo autor entende que se consideram os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação de pensamento, à liberdade de consciência e de religião, à reserva sobre a própria intimidade, ao segredo e o direito moral de autor, a par de outros.³⁹

Percebe-se que se está a tratar de uma questão formal de norma de nomenclatura técnica, haja vista que, em essência, tanto os direitos personalíssimos quanto os direitos fundamentais objetivam garantir os mesmos bens, assim como se reduzem a uma só noção.

José Gomes Canotilho corrobora com a temática, ao esclarecer que:

³⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993. t. 4. p. 57.

³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

³⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

As expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁴⁰

Há autores que defendem uma corrente naturalista, enxergando, ainda, mais uma semelhança entre estes direitos; seriam eles direitos naturais, e que, por isso, ao receberem consagração legislativa, passariam a ser chamados de direitos positivos. Registra-se que, para Carlos Alberto Bittar, os direitos humanos são inerentes à natureza humana e, em comparação com as liberdades públicas, encontram-se em plano superior. Em outras palavras, esses direitos pairam acima do ordenamento positivo e do próprio Estado, pois encontram a sua raiz no Direito Natural.⁴¹

Deste modo, o autor defende a teoria naturalista para a natureza dos direitos personalíssimos, entendendo que os direitos da personalidade constituem direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do Direito Positivo – em nível constitucional ou de legislação ordinária –, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se voltem, a saber: contra o arbítrio do Poder Público ou as incursões de particulares.⁴²

Há, ainda, que se registrar posicionamento contrário. Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias se filiam à corrente doutrinária que entende que os direitos personalíssimos e os fundamentais têm como fonte criadora a própria lei e, portanto, não seriam direitos inatos do homem, sendo, ao revés, fruto de uma construção legal. Nesse sentido, afirmam que:

Com efeito, há evidente equívoco na escola jusnaturalista, que entende os direitos da personalidade como cintos do homem, ou seja, afirmam decorrer de uma ordem jurídica previamente constituída, por confundir o direito natural (dever ser) com a experiência talhada, construída culturalmente, no plano do direito positivo (do ser).⁴³

O fato é que os doutrinadores sempre mantêm próximas as duas classes de

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 359.

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37.

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 38.

⁴³ ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 171.

direitos. Por certo, apresenta-se muito esclarecedora a divisão de campos de trabalho bem definidos entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, sendo os primeiros enquadrados como de Direito Privado e, os segundo, de Direito Público. Entretanto, essa divisão na contemporaneidade se mostra mais didática do que efetiva. A doutrina mais moderna tem rechaçado esses contornos entre público e privado, conforme esclarece Carlos Alberto Bittar:

Na visão contemporânea, que encontra no princípio da dignidade pessoa humana (Declaração Universal de 1948; Constituição Federal de 1988) a sua principal escore, teórica e prática, que atravessa o ordenamento em todos os seus quadrantes, não importa se na ordem privada ou pública, torna obsoleta a tentativa de consolidar uma diferenciação tão vinculada entre ambos os ramos da ciência do direito. Por isso, pode-se perceber, nas duas últimas décadas, uma tendência à consolidação da visão de que a dicotomia entre público e privado cedeu lugar para uma fundamentação unificada da luta por efetividade dos direitos no sentido da plena realização da dignidade da pessoa humana, em suas diversas manifestações. Com isso, cede espaço a antiga diferenciação que qualificou a visão privatista, sob o influxo da codificação e da tradição romanista, para uma visão complexa e unificadora, como a desenvolvida por Gustavo Tepedino, que vem sendo reconhecida pela ideia da “constitucionalização do Direito Civil”.⁴⁴

Em conformidade com o que Ingo Wolfgang Sarlet expõe, vislumbra-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais quando da incidência destes nas relações privadas, inicialmente regidas pela lei civil. Do mesmo modo, observa-se que a efetividade de direitos privados demandam, muitas vezes, o amparo constitucional, que exprime a necessidade de atenção a demandas sociais mais abrangentes e solidárias⁴⁵. Deste modo, o entrelaçamento do alcance entre os direitos fundamentais e a dimensão civil-privada se concretiza.

A partir desta constatação, Carlos Alberto Bittar edifica a temática que contribuirá incisivamente como fundamento para a elaboração das seções seguintes, ao pontuar que, atualmente, não se pode mais sustentar uma visão centrada nas construções dogmáticas mais tradicionais, exatamente por estarem sob intensa transformação, fazendo com que o próprio cerne da relação entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade se manifeste de outra forma. O autor expande o alcance dos direitos personalíssimos e de sua função na sistemática

⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 60.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sócias no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SILVA FILHO, José Carlos; PEZZELLA, Maria Cristina. (coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 51.

jurídica ao reconhecer uma tendência a que, gradualmente, com maior intensidade, os direitos humanos se traduzam em exigências de direitos fundamentais, e que os direitos fundamentais se traduzam em direitos da personalidade, integralizando-se no ordenamento jurídico, de modo mais amplo, graus cada vez mais elevados de exigência em torno da proteção de valores precípuos da pessoa humana.⁴⁶

Afirmar o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa reconhecer que as antigas fronteiras entre público e privado foram rompidas e o Estado assume o dever de garantir a efetivação dos valores sociais.

Fernanda Cantali denota a relevância desta compreensão:

A partir da instauração do estado social e, conseqüentemente, progressivo intervencionismo estatal nas relações privadas, aliados, a participação ativa da sociedade no exercício do poder, tornou-se necessária a incidência das normas constitucionais, não só nas relações entre os indivíduos e o poder público, mas também sobre os conflitos provenientes do âmbito privado.⁴⁷

Identificar o valor do ser humano, expresso no princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, impregnado nos direitos fundamentais e nos direitos da personalidade, corrobora para uma hermenêutica humanizada, integrada e sistêmica de todo o ordenamento jurídico, de modo que a divisão tão categoricamente demarcada entre as searas pública e privada não se faz mais pertinente.

Não se pode olvidar que existe uma série de direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal que têm como destinatários os sujeitos privados, de modo que a linha delimitadora entre o público e privado se mostra muito tênue.

Além desse fato, um outro relevante aspecto deve ser observado e acrescido à pesquisa, visando o seu avançar. Denota-se, neste ponto, que a impertinência acima apontada se confirma ainda mais quando se observa o processo intitulado de constitucionalização do Direito Civil, que deslocou para o plano constitucional uma série de comandos e princípios gerais atinentes a instituições privadas.⁴⁸

O movimento de constitucionalização do Direito implicou e contribuiu para a compreensão dos reflexos dos direitos da personalidade e da necessidade de adequação de sua teoria à extensão das demais classes de direitos, donde se inclui

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

⁴⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direito da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 102.

⁴⁸ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação descodificação recodificação**: do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 238.

aqui os direitos negociais, como se verá na seção intermediária deste trabalho, haja vista que todas as classe de direitos só podem, a partir de então, ser enxergadas com o enfoque civil-constitucional.

A abertura do sistema às cláusulas gerais, expressas na Constituição de 1988, foi a premissa metodológica que conduziu à constitucionalização do Direito por parte das leis esparsas e da codificação civil. O escritor italiano Pietro Perlingieri inaugurou no Brasil, com a obra “Perfis de Direito Civil”, traduzida pela professora Maria Cristina de Cicco, a escola de pensamento sobre a constitucionalização do Direito, principalmente do Direito Civil, sugerindo que as relações entre particulares devem ser, também, reguladas sob a égide do texto constitucional.⁴⁹

Neste sentido, Ingo Sarlet comenta a constitucionalização do Direito, referindo-se à influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e judicial, sobre as normas de Direito Privado e as relações entre particulares. Passou a ser possível compreender as relações entre o público e o privado “como intimamente ligadas pelo amalgama constitucional, sempre no contexto de um sistema jurídico unitário, embora materialmente aberto”.⁵⁰

A partir do movimento de constitucionalização do Direito é possível observar a criação da legislação civil mais coadunada com a Constituição e a inserção de conteúdos infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no texto constitucional.⁵¹

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil levou à maior relevância da proteção da pessoa humana, inclusive nas relações jurídico-privadas, já que todos os vínculos de Direito Privado se submetem aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal.

Daí ser possível aferir que o processo de constitucionalização do Direito Privado pode ser resumido, pois, em torno da substituição de seu centro valorativo:

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sócias no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SILVA FILHO, José Carlos; PEZZELLA, Maria Cristina. (coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 11.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sócias no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SILVA FILHO, José Carlos; PEZZELLA, Maria Cristina. (coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 306.

em lugar do indivíduo e de sua vontade soberana, põe-se a pessoa.⁵²

É o que se observa, no texto de Roberto Senise Lisboa, ao afirmar que “paralelamente ao fenômeno da descodificação, as legislações passaram a conceber maior relevância à proteção da pessoa e de seus valores extrapatrimoniais”.⁵³

Neste contexto, ante a necessidade de uniformização do sistema jurídico nacional, o Direito Civil como um todo, especialmente quanto aos direitos de personalidade, serve, agora, como mecanismo de concretização dos valores dispostos no texto constitucional.

O interesse patrimonial contido no Código Civil não se mostra mais como o cerne fundamentador do vínculo entre as pessoas. O homem e sua dignidade passam a ser os elementos principais nas relações jurídicas.

O Direito Civil elege como referência o enfoque existencial e não mais, unicamente, o patrimonial, o que significa dizer que os bens, por ventura, tutelados em uma relação jurídica assumem uma posição de acessoriedade estabelecida diretamente com a pessoa, que assume o enfoque principal. Assim, qualquer instituto jurídico assume um papel de tutela, ou seja, de proteção da pessoa humana em um contexto amplo.

Abandona-se, assim, a ideia de liberdade absoluta para ressaltar a solidariedade e a cooperação entre as pessoas.

Como pontua Eduardo Nunes Souza:

A determinação constitucional, prevista em seu art. 3º, I, de que é objetivo da República a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, é a justificativa máxima para essa nova forma de pensar e de praticar a ciência jurídica, incluindo a solidariedade como princípio a ser inexoravelmente observado em todas as relações a partir de então constituídas. Isso significa o abandono da concepção liberal de Estado, para uma conformação mais preocupada com o bem-estar social.⁵⁴

Destaca-se que a constitucionalização do Direito Privado, no Brasil, ensejou como principal consequência uma nova interpretação dos regramentos de Direito Civil a partir e de acordo com a Constituição, possibilitando, assim, uma releitura do próprio

⁵² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

⁵³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

⁵⁴ SOUZA, Eduardo Nunes. **Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos**. Rio de Janeiro: Civilistica, 2015. p. 57.

conceito de pessoa e, posteriormente, sua recolocação como centro do ordenamento jurídico, como adiante se verá.⁵⁵

2.4 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A PERSONALIDADE HUMANA COMO UM VALOR JURÍDICO

Antes da disposição da dignidade humana no centro do ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, inc. III)⁵⁶, o Código Civil de 1916, inspirado no liberalismo econômico que marcava aquele período histórico, sinalizava o excessivo individualismo e o patrimonialismo.⁵⁷

As relações jurídicas desenvolvidas nesse período eram caracterizadas por um modelo que privilegiava a categoria do ter, haja vista a preocupação demasiada com a proteção patrimonial, o que justifica o fato de a propriedade privada e a liberdade contratual terem merecido uma tutela absoluta, sem muitas possibilidade de relativização.

O Direito Civil se ocupava com a preservação patrimonial dos sujeitos de direito. Nesse período, a satisfação dos interesses próprios, individualmente considerados, não encontrava limites na solidariedade social.⁵⁸

Conforme Danilo Doneda pontua, com a codificação civil, estruturada nos moldes do Código Napoleônico, cuja proteção central girava em torno do patrimônio, opositores se levantaram contra a construção da teoria dos direitos personalíssimos, alegando uma incompatibilidade de objetos na lei civil, inclusive negando a essa categoria a natureza de direito subjetivo.

Nesse sentido, Danilo Doneda acrescenta que:

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sócias no âmbito das relações jurídico-privadas. *In*: SILVA FILHO, José Carlos; PEZZELLA, Maria Cristina. (coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 306.

⁵⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]. *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 91.

⁵⁸ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação descodificação recodificação**: do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220- 229.

a aplicação dos direitos subjetivos aos direitos de personalidade encontrou objeção no fato de o instituto do direito subjetivo ter sido elaborado, tradicionalmente, para a categoria do ter, e não do ser, ou seja, para a tutela do patrimônio, cujos os bens objetos eram exteriores ao sujeito, refletindo, assim, a ideologia novecentina (GADIEL, 1997, p. 16). No caso dos direitos da personalidade, os bens objeto de tutela são indissociável de seus titulares. Sustentava-se que tutelar os interesses existenciais através de uma categoria cujo campo tradicional de aplicação é tutela dos interesses patrimoniais seria, à primeira vista, um fator limitador de sua atuação. Esta situação foi alterando paulatinamente.⁵⁹

O plano de fundo da não identificação dos direitos personalíssimos como direitos subjetivos pela doutrina residia no fato de a visão jurídica deste instituto se dar com base na lógica patrimonialista⁶⁰ que regia toda a codificação privada e que serviu de estrutura para o sistema interpretativo civilista, o qual considerava o sujeito de direitos aquele que tinha propriedade, era contratante ou testador e não o mero titular do livre desenvolvimento de sua própria personalidade.

Entretanto, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil de 2002, vislumbrou-se a despatrimonialização de toda a sistemática jurídica, inclusive do Direito Civil, que se afastou das linhas interpretativas liberais oitocentistas para culminar numa renovada visão da pessoa humana e a consequente recolocação dela como centro e fim último das codificações.

Tal movimento foi intitulado de repersonalização, que serviu como matriz que alocou a pessoa humana e sua dignidade como elementos principais do arranjo jurídico e, o patrimônio, por seu turno, como coadjuvante.⁶¹

O processo de repersonalização do direito possibilitou ampliar a visão sobre o conceito de pessoa e seu papel no ordenamento jurídico civil e constitucional, a ipseidade passou a ser valorizada e essa singularidade exclusiva de cada ser humano se tornou um objeto de proteção legal.

Assim, denota-se a relevância de, brevemente, apresentar os fundamentos

⁵⁹ DODENA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 45.

⁶⁰ Não sem sentido, nesses quadrantes, o sujeito não "é" em si, mas "tem" para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais¹² como mora-dia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de "outra ordem"), e é mais um "individual patrimonial". Tal percepção garante o status quo patrimonial presente ou cria restritos mecanismos de acesso à dimensão do pólo ativo dessas titularidades. Serve, pois, essa relação jurídica (com seus elementos) para conferir, por meio da instância jurídica, uma refinada modalidade instrumental de preservação e autoconservação. In: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 85-86.

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 218.

ontológicos do conceito de pessoa sob uma perspectiva relacional entre o Direito e a Filosofia, posto que, como lembra Rodrigo Moreira, o estudo da pessoa parece ser primordial, haja vista que esta, ontologicamente considerada, é simultaneamente: (i) fim do direito; (ii) sujeito das situações jurídicas; (iii) fundamento da personalidade e (iv) fundamento da dignidade humana.⁶²

Preliminarmente, deve-se atentar para o fato de que o conceito de pessoa, em decorrência das diversas concepções adotadas nas órbitas política, jurídica, psicológica, filosófica etc., foi sendo reformulado com o passar do tempo. Robert Speamann afirma que “praticamente nenhuma outra palavra tem um sentido tão dependente do contexto quanto a palavra “pessoa”.⁶³

Quando se questiona sobre qual é esse conceito, observa-se que as respostas, muitas vezes, não passam de formulações universalizantes e que tiveram seu cerne deteriorado ao longo do tempo. A sociedade contemporânea perdeu a exata medida da compreensão ético-valorativa do que é a pessoa. Nesse sentido, Diogo Costa Gonçalves afirma que “dizer hoje que o homem é pessoa, sem mais, é afirmar coisa nenhuma acerca do próprio homem”. O “pensamento jurídico, político e mesmo filosófico dos últimos tempos, acabou por esvaziar o conteúdo semântico da noção de pessoa”.⁶⁴

Alessandro Severino Valler Zenni, ao propor o estudo da ontologia do ser humano, também confirma o esgotamento semântico da expressão “pessoa”. Nesse sentido, afirma que “uma breve incursão sobre a origem do conceito de pessoa é fundamental para a compreensão de sua ontologia, distinguindo-se do sentido nominalista e vazio que hodiernamente lhe emprestam”.⁶⁵

Na modernidade, a palavra “pessoa” passou a ser utilizada para abranger outras categorias de entes, a partir de uma ficção ou convenção da linguagem. Na seara jurídica, a nomenclatura “pessoa” é empregada também para designar um rol de entes abstratos que, em essência, não possuem natureza humana. Assim faz o

⁶² MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana. 2015. 291 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13228/1/DireitoLivreDesenvolvimento.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2022.

⁶³ SPEAMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre “algo” ou “alguém”. São Leopoldo: Unisinos, 2015. p. 13.

⁶⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. São Paulo: Almedina, 2008. p. 19.

⁶⁵ ZENNI, Alessandro Severino Valler. **Pessoa e justiça**: questão de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2018.

legislador civil, ao estabelecer quem são as “pessoas jurídicas” de Direito Privado e de Direito Público.

O art. 41⁶⁶ do Código Civil estabelece o que são pessoas jurídicas de Direito Público interno e, o art. 44⁶⁷ do mesmo diploma legal, vaticina que as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada são pessoas jurídicas de Direito Privado.

Nota-se que o primeiro livro do Código Civil brasileiro, dividido em três títulos, trata do tema “Das Pessoas” entre os artigos 1 a 78 e aproxima prescrições acerca das pessoas naturais, no primeiro título, do segundo que se refere às pessoas jurídicas. No que tange à proteção jurídica da pessoa, observa-se que o art. 2º do Código Civil⁶⁸ aponta para as garantias dirigidas às pessoas naturais, ou seja, os seres humanos, enquanto que art. 52⁶⁹ se direciona às pessoas jurídicas, entes que, por essência, mesmo listados na lei, não possuem os atributos da pessoalidade inerentes às pessoas naturais.

Não se pode negar que a delegação da personalidade jurídica a entes abstratos se distancia da conotação existencial, exclusiva do ser humano, para se aproximar de um viés estritamente formal. A observação da legislação permite entender que os conceitos de personalidade e de pessoa são frutos da construção da dogmática jurídica, que, ao transportar o instituto da personalidade, *prima face*, exclusiva da pessoa humana, para outros entes, acarretou efeitos reducionistas ao sujeito principal de proteção do ordenamento jurídico.

⁶⁶ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; ~~IV - as autarquias~~; (Revogado); IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005); V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁶⁷ Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁶⁸ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁶⁹ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

Robert Speamann observa que a visão decomposta e simplista empregada na linguagem legal positivada diz que nem todos os seres humanos são pessoas, tampouco seres humanos em todo e qualquer estágio da sua vida e em toda e qualquer constituição de seu consciente, posto que o Código Civil, no art. 2º⁷⁰, não concede o título de pessoa a seres humanos em estágio de desenvolvimento embrionário, mas o concede a, exemplificativamente, uma empresa ou uma instituição de ensino.⁷¹

Para o Direito Ocidental tal compreensão se mostra, por demais, relevante, tendo em vista que o Direito gravita no entorno da pessoa humana e do propósito de efetivação do princípio constitucional da sua dignidade, daí a importância de se resgatar a essência contida no nome “pessoa”. Os primeiros registros do emprego da palavra pessoa decorrem da civilização greco-romana, que utilizou o conceito análogo “*prosopon*” para designar o papel que alguém exerce em distinção a quem o desempenha.⁷²

Muitos pesquisadores apontam a origem da palavra pessoa na linguagem teatral. Robert Speamann reitera que “de início, “*persona*” era simplesmente a máscara através da qual o ator declamava; mais tarde, “*persona*” passou a significar, em sentido figurado, também o papel na sociedade, o *status* social”.⁷³ O autor recorda do uso da palavra, também, na jurisprudência da época imperial romana.

Assevera que:

Nesta, deparamos primeiramente com uma equiparação de pessoa e ser humano, e isto de tal maneira que com o termo “pessoa” se designa o status específico do livre em comparação com o do escravo ou o do ser humano em comparação com todas as demais entidades.⁷⁴

Elimar Szaniavisk lembra que para o Direito Romano do período clássico, a “designação *persona* servia para representar o ser humano livre ou escravo. Isso

⁷⁰ Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁷¹ SPEAMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre “algo” ou “alguém”. São Leopoldo: Unisinos, 2015. p. 9.

⁷² SPEAMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre “algo” ou “alguém”. São Leopoldo: Unisinos, 2015. p. 25.

⁷³ SPEAMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre “algo” ou “alguém”. São Leopoldo: Unisinos, 2015. p. 25.

⁷⁴ SPEAMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre “algo” ou “alguém”. São Leopoldo: Unisinos, 2015. p. 26.

significa que qualquer ser humano era, para aquele povo, naquela época, considerado persona".⁷⁵

Conforme adverte Fernanda Borghetti Cantali, foi o Cristianismo o marco histórico que implantou uma nova perspectiva no que tange à inviolabilidade da pessoa, posto que a teologia trinária colocou-a em destaque e dotou-a de teor metafísico, imprimindo na pessoa uma singularidade substancial.⁷⁶

Nesse sentido, Cantali afirma que é com a influência da Era Cristã que a noção de pessoa, "na Idade Média, desvincula-se da força atrativa das instituições, adquirindo unicidade e individualidade, já que o homem passa a ser a personificação da imagem do criador".⁷⁷

Independentemente da conotação e do efeito do emprego da palavra pessoa durante a história, Robert Speamann ressalta a substância presente e implícita no vocábulo:

Comum a todos esses usos antigos da palavra "pessoa" é que eles se referem a seres humanos, ocasionalmente até a todos os seres humanos, mas não designam os seres humanos como exemplares de uma espécie nem como exemplificações de um conceito, mas como portadores de um papel social ou como detentores de um status jurídico. Por trás desse papel sempre se encontra, como seu pressuposto e portador, uma "natureza" humana.⁷⁸

Destaca-se a observação feita por Robert Speaman, que recorda que tal expressão era utilizada sempre para designar um ser humano, o que denota a essência do nome, neste trabalho, investigado.

Significa dizer que a expressão "pessoa" reflete a essência única do ser humano que, ao ser portador da liberdade para relativizar seus próprios desejos, interesses e manifestações, distingue-se e transcende ao determinismo de sua natureza animal e, assim, diferencia-se de qualquer outro ser vivo ou coisa inanimada, haja vista refletir a dignidade que as pessoas têm.⁷⁹

Neste sentido, Roxana Borges corrobora ao apresentar o contributo do

⁷⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 28.

⁷⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direito da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39.

⁷⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direito da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33.

⁷⁸ SPEAMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre "algo" ou "alguém". São Leopoldo: Unisinos, 2015. p. 26.

⁷⁹ SPEAMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre "algo" ou "alguém". São Leopoldo: Unisinos, 2015.

exercício da liberdade, da autonomia e da manifestação livre da vontade para a determinação da pessoa humana:

Reconhecer a subjetividade concreta do homem é requisito para compreender a necessidade de proteger-lhe a vontade e, conseqüentemente, sua necessidade de autodeterminação ou autonomia. Se não se reconhece o homem, como ser dotado de consciência de sua própria existência, dotado de vontade e necessidade de autonomia, auto-realização e felicidade, reduz então, o homem, à mesma categoria dos seres irracionais, que devem ser controlados, ordenados, tangidos, cercados - como objetos, não como sujeitos. Pois é, a possibilidade da liberdade que distingue o ser humano dos demais seres considerados irracionais por não se guiarem pela razão, mas pelo instinto, pela necessidade. Mas, se o reduzido em sua autonomia, há um animal irracional irresponsável em relação a si mesmo e desprovido de razões quanto à sua própria subjetividade, quem será o ser superior que irá exercer o controle, a ordem, a direção do homem? E, nessa situação, que a dignidade lhe restará?.⁸⁰

O fato que não é negado pela doutrina e pela jurisprudência atual é uma natural associação entre pessoa humana, dignidade e personalidade. Neste mesmo sentido, Silvio Romero Beltrão afirma que a personalidade está intimamente ligada à pessoa.⁸¹ Anderson Schreiber, ao se referir aos direitos personalíssimos, recorda que a expressão “foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado”.⁸²

Leonardo Estevam de Assis Zanini, ao lembrar da primeira vez que o direito foi reconhecido constitucionalmente na Alemanha, em 1954, afirma que o direito geral da personalidade derivou do conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º da Lei Fundamental) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º da Lei Fundamental).⁸³

Já Fernanda Cantali afirma que o momento no qual os direitos da personalidade ganharam destaque se deu a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos estados democráticos, ou seja, no Brasil, após a entrada em

⁸⁰ BORGES, BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE. Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 139.

⁸¹ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 121.

⁸² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105.

⁸³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. **Revista Direitos Culturais**, v. 14, n. 33, p. 135-158, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2977>. Acesso em: 7 fev. 2022.

vigor da Constituição Federal de 1988.⁸⁴

Assim, a doutrina correlaciona os direitos personalíssimos àquele grupo de direitos inatos ao homem, com caráter de essencialidade e que servem à edificação da própria pessoa em um nível muito particular. Neste sentido, Carlos Alberto Bittar pontua que eles constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto, sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo, e a pessoa não existiria como tal. São, pois, para o autor, direitos “essenciais”, que formam a medula da personalidade.⁸⁵

Adriano de Cupis os define como sendo tão essenciais, que, sem eles, todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa.⁸⁶

Para Silvio Romero Beltrão, com os direitos da personalidade a intenção é fazer referência a um conjunto de bens que são tão próprios do indivíduo que chegam a se confundir com ele mesmo e constituem as manifestações da personalidade do próprio sujeito⁸⁷. Pode-se afirmar que a “personalidade é um conjunto de qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”.⁸⁸

Portanto, evidencia-se que os direitos da personalidade objetivam assegurar a integral proteção da pessoa humana, considerada em seus múltiplos aspectos biopsicológicos. Desta forma, esses direitos estão intimamente ligados a um núcleo particular, que os diferencia e individualiza, qual seja, a proteção da pessoa humana.

Como recordado inicialmente, o fundamento valorativo que fornece o arcabouço legislativo aos direitos personalíssimos se encontra no princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, é a pessoa a base que compõe a centralidade e o objeto derradeiro das garantias estabelecidas pelos direitos personalíssimos na lei civil e constitucional.

Diante da transposição do valor real da pessoa natural para o universo jurídico,

⁸⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direito da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37.

⁸⁶ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Afonso Celso Furtado Resende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 19.

⁸⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

⁸⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. São Paulo: Almedina, 2008. p. 64.

por óbvio que os direitos personalíssimos passam a merecer um novo tratamento, haja vista ensejarem a necessidade de reconstruir a temática, no intuito de adequar a legislação e a doutrina à realidade contemporânea, moldando a interpretação dos direitos da personalidade a partir do ser e não do ter.

Desta forma, afirma Fernanda Cantali que:

Nesse sentido, afirmando que a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana. Assim, se o valor máximo do ordenamento é a proteção da pessoa ao direito civil, cujas raízes liberais demonstram uma preocupação primordial com a proteção do patrimônio, deve se impor uma revisão de todas as categorias e conceitos jurídicos no intuito de adequar-se aos projetos constitucionais.⁸⁹

Os direitos da personalidade passam a não ser vistos unicamente como meros direitos subjetivos, mas também como valores jurídicos fundamentais, alcançando, inclusive, um *status* de essencialidade para a efetiva garantia da dignidade da pessoa humana e, portanto, não se dissociam da pessoa humana, já que tais direitos sugerem servir como instrumento dessa dignificação ancorada no texto constitucional. Identificados, nas linhas pretéritas, o alcance e a função dos direitos da personalidade no sistema jurídico, passar-se-á à observação de como a legislação e a doutrina nacional vislumbram a possibilidade de disponibilidade deles.

Para tanto, como pré-requisito deste entendimento, é necessário incursionar sobre a evolução histórica do conceito de autonomia e dos parâmetros de sua aplicação aos direitos personalíssimos.

2.5 O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA DIANTE DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

A dogmática até aqui exposta, ainda que densa, era necessária para concluir, em conformidade com a síntese de Alessandra Depieri Viegas, que as situações jurídicas atuais, sobretudo as que envolvem questões existenciais, ainda que possam não apresentar previsão normativa expressa, exigem uma tutela do Direito, na medida em que são interesses juridicamente relevantes e estão diretamente relacionadas com

⁸⁹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direito da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, que não raro estão vinculados a direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.⁹⁰

A relevância desta conclusão reside no fato de que a compreensão do instituto jurídico da autonomia da pessoa, que ora se pretende ingressar, relaciona-se com a evolução dos conceitos de pessoa e de personalidade traçados nas linhas anteriores. O caminho da autonomia no Direito Privado, desde a autonomia da vontade, passando pela autonomia privada, até o conceito de autonomia existencial, “acompanha o próprio desenvolvimento da integralidade da condição humana”.⁹¹

A expressão “autonomia da vontade” foi utilizada nos textos jurídicos mais antigos que tratavam do negócio jurídico. Flaviana Rampazzo Soares afirma que na leitura de alguns autores do século passado é possível perceber que não se costumava fazer uma distinção clara entre a autonomia da vontade e a expressão que se passou a usar atualmente, qual seja, a autonomia privada.

A expressão mais comum era a da autonomia da vontade, entendida como *facultas*, um “direito supraestatal”, consubstanciada pela possibilidade quase ilimitada dos “particulares para resolver seus conflitos de interesses”, com o objetivo de “dinamizar, enfim, a vida em sociedade”.⁹² Para a autora, o conceito era atrelado à ideia de que a pessoa teria a possibilidade de reger sua vida com ampla liberdade; por isso, era considerada como uma vontade autônoma, com um valor em si.⁹³

No período das Grandes Guerras, entre 1914 e 1945 e, principalmente, no pós-Segunda Guerra Mundial, ocorreu, como observa Alysson Oliveira Moreira, a superação da ideia da autonomia da vontade liberalista. O autor entende que o giro conceitual ocorreu em decorrência da retomada do humanismo pelo Direito pelas grandes declarações de direitos humanos e pela principiologia radicada na dignidade humana. Acrescenta que esses eventos históricos contribuíram para a mudança do cenário sociopolítico e também do Direito Privado pelo fato de transparecer por meio

⁹⁰ VIEGAS, Alessandra Depieri. O paradigma pós-moderno e o poder de autodeterminação: uma análise ao caso do bebê Charlie Gard. In: PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (coords.). **Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do biodireito discussões sobre negócios biojurídicos**. Londrina: Thoth, 2019. p. 177.

⁹¹ MOREIRA, Alysson Oliveira. Autonomia existencial no fim da vida: um caminho para plenitude da existência até os últimos momentos e a morte digna. In: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (orgs.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina, Paraná: Thoth, 2022. p. 135.

⁹² SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 35.

⁹³ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 35.

das desumanidades e dos flagelos humanos da guerra “uma sensação tão generalizada de fragilidade”.⁹⁴ Daí a associação da evolução do conceito de autonomia, decorrente do próprio avanço do entendimento, com a posição da pessoa humana dentro do ordenamento jurídico. Conforme a proteção da pessoa humana foi se evidenciando enquanto paradigma principal da sistemática do Direito, também a compreensão sobre os limites do exercício da autonomia foi ganhando novos contornos. Isso porque os valores liberais absolutos foram insuficientes para a proteção da “integralidade da pessoa humana concretamente considerada”, ou seja, em suas diversas dimensões existenciais e negociais, nas manifestações da sua personalidade e do seu livre desenvolvimento.⁹⁵

Neste sentido, segundo Francisco Amaral Neto, a autonomia privada pode ser entendida como um princípio fundamental do sistema de Direito Privado, que se formou a partir do reconhecimento de um âmbito particular de atuação da pessoa, com eficácia normativa. Para o autor, significa a projeção, no Direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatária da ordem jurídica privada, sem o qual a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade.⁹⁶

Evidencia-se, portanto, que a construção da autonomia privada se originou na retomada do humanismo ético e se conciliou com o viés privatístico da atividade econômica, conforme pontua Alysson Oliveira Morreira. No entanto, significou, principalmente, a retomada da preocupação com as dimensões existenciais da pessoa em todas as esferas do Direito, inclusive a negocial.⁹⁷

⁹⁴ MOREIRA, Alysson Oliveira. Autonomia existencial no fim da vida: um caminho para plenitude da existência até os últimos momentos e a morte digna. *In*: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (orgs.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina, Paraná: Thoth, 2022. p. 132.

⁹⁵ MOREIRA, Alysson Oliveira. Autonomia existencial no fim da vida: um caminho para plenitude da existência até os últimos momentos e a morte digna. *In*: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (orgs.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina, Paraná: Thoth, 2022. p. 132.

⁹⁶ AMARAL NETO, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: 2008. p. 131-132.

⁹⁷ MOREIRA, Alysson Oliveira. Autonomia existencial no fim da vida: um caminho para plenitude da existência até os últimos momentos e a morte digna. *In*: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (orgs.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina, Paraná: Thoth, 2022. p. 135.

A autonomia da vontade foi substituída pela autonomia privada, alcançando o princípio da dignidade humana, uma vez que envolve a ideia de personalidade e as conjunturas patrimoniais e existenciais que são por ele alcançadas.⁹⁸

Flaviana Rampazzo Soares destaca o viés pelo qual passam a ser analisados esses conceitos. Para ela, a doutrina passou a atribuir um caráter subjetivo à autonomia da vontade e uma feição objetiva à autonomia privada, ao destacar que aquela representaria uma manifestação de liberdade individual no campo do Direito, com "conotação subjetiva, psicológica", ao passo que esta seria concebida como um "poder da vontade", um movimento concreto destinado à produção de normas jurídicas particulares "nos limites da lei", como se fosse um ordenamento jurídico específico para o seu titular nas relações privadas das quais participa⁹⁹, distinto, embora complementar, do estatal, que o perfilha e define os limites ao seu exercício.¹⁰⁰

Assim, pode-se afirmar que a ideia de autonomia privada se mostra como uma superação do valor individualista liberal e negativo da autonomia da vontade e passa a ser entendida como uma vontade qualificada para obter determinados efeitos jurídicos, sendo, então, causa do negócio jurídico e de maior relevância para o Direito".¹⁰¹ Daí Rafael Ferreira Bizelli identificar a passagem do individualismo ao solidarismo jurídico, que, para o autor, se deve às transformações nas funções do Estado, que passou a intervir na ordem socioeconômica, buscando reduzir as desigualdades sociais criadas pelo liberalismo excessivo, bem como à previsão dos

⁹⁸ CRIVILIM, Beatriz Vieira Muchon; GIROTTTO, Guilherme Augusto; BERGAMASCHI, Mariane da Silva. Da interseção entre as autonomias bioética e biojurídica como instrumento de garantia à dignidade da pessoa humana. *In*: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (orgs.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina: Thoth, 2022. p. 152.

⁹⁹ "Embora autonomia e capacidade sejam conceitos distintos e certos atos de autonomia ou de autodeterminação possam ser realizados independentemente de capacidade civil, o fato é que, na circulação de bens e direitos presente no direito civil, se consegue perceber que o conceito de autonomia privada (tido como a autogestão conforme o ordenamento jurídico no campo do direito privado) não perdeu a sua essência ao longo do tempo. No entanto, convém repetir, a alteração é contínua e inexorável no que tange à extensão do seu exercício, considerando-se não só as escolhas de ordem axiológica (que podem ser formatadas e revisadas periodicamente no mundo jurídico), como também a atividade interpretativa e dogmática a respeito dos impactos do exercício da autogestão pessoal em diferentes áreas do direito". *In*: SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 38.

¹⁰⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 38.

¹⁰¹ MOREIRA, Alysson Oliveira. Autonomia existencial no fim da vida: um caminho para plenitude da existência até os últimos momentos e a morte digna. *In*: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (orgs.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina, Paraná: Thoth, 2022. p. 132.

direitos fundamentais sociais, orientados em garantir as condições mínimas de liberdade.¹⁰²

Pode-se constatar pelas afirmações dos autores citados que a autonomia sugere um amplo horizonte de liberdade à atuação humana. Jairo Néia Lima e Mayara Alice Souza Pegorer destacam que apesar de tradicionalmente ser associada à proteção do patrimônio e, neste caso, poder se referir à atuação na seara negocial, a autonomia privada também abrange as situações jurídico-existenciais e ambas são especificações do direito de liberdade.¹⁰³

Para os autores, a liberdade, no âmbito da atividade econômica, depende da convivência com outros princípios, como, por exemplo, o da função social. Já nas escolhas existenciais a autonomia privada deve ganhar reforço, já que as decisões nesse campo envolvem a esfera íntima da pessoa, cenário que comporta pouco espaço para a intervenção estatal.¹⁰⁴

Diante deste limiar, a doutrina tem pontuado a diferença entre a autonomia privada e o autorregramento da vontade, afirmando que a primeira se vincula à doutrina fundada na gênese do negócio jurídico, ligada à liberdade para a prática do ato negocial, ao passo que o segundo se aproxima de um preceito concreto, cuja validade reside em uma norma jurídica abstrata, estando radicado em um olhar sobre o "momento final, dos efeitos que do ato resultam".¹⁰⁵

Flaviana Rampazzo Soares sugere que a vinculação entre essa lógica do autorregramento como uma concreção com a finalidade de criar normas individuais pode ser creditada à própria etimologia da palavra autonomia, na qual *autos* (próprio) se une a *nomos* (regra, governo ou lei) para denotar a criação de uma norma a si próprio (nesse pleonasma necessário). Assim, acrescenta a autora, a autonomia, conceitualmente, parece ser um passo anterior à autodeterminação, porque, de início,

¹⁰² BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato existencial**: evolução dos modelos contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 109.

¹⁰³ LIMA, Jairo Néia; PEGORER, Mayara Alice Souza. Autonomia das mulheres em tempos de zika vírus: uma perspectiva sobre o aborto a partir dos direitos sexuais e reprodutivos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado. **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2017. p. 187.

¹⁰⁴ LIMA, Jairo Néia; PEGORER, Mayara Alice Souza. Autonomia das mulheres em tempos de zika vírus: uma perspectiva sobre o aborto a partir dos direitos sexuais e reprodutivos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado. **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2017. p. 188.

¹⁰⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 38.

a pessoa tem autonomia em decorrência da sua liberdade e, no campo do Direito Privado, essa liberdade então se "especializa", sendo exercida na forma admissível pelo sistema jurídico – e, por isso, a pessoa pode utilizá-la para autodeterminar-se.¹⁰⁶

Registra-se que há autores que vinculam indistintamente as duas expressões¹⁰⁷, assim como também há quem defenda que a autodeterminação é mais ampla do que a autonomia privada.¹⁰⁸

Joaquim de Souza Ribeiro compreende que a autonomia privada contemplaria a liberdade contratual, sendo entendida como um “processo de ordenação”, que permite a constituição e a modelação das relações jurídicas por seus partícipes. Já a autodeterminação consistiria em poder individual, aceito socialmente e juridicizado, de livre gerenciamento da esfera de interesses próprios, com a auto-orientação de vida, conforme as próprias preferências.¹⁰⁹

Diante da posição fortemente patrimonialista da autonomia privada, Pietro Perlingieri iniciou um movimento existencialista dentro do Direito Civil e sugeriu a qualificação da autonomia negocial. Para ele, “a autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica nem com a autonomia contratual em sentido estrito, apresentando um conceito amplo onde a autonomia é qualificada como negocial”, sendo o “gênero do qual a autonomia privada e autonomia contratual são espécies afetas a situações existenciais e patrimoniais, respectivamente”.¹¹⁰

Como preceituam Lima e Pegorer “a autonomia privada em sentido amplo recebe uma proteção heterogênea, porque, ao se relacionar com a liberdade no âmbito patrimonial precisa perseguir objetivos” que não se encerram em si mesmos. “Apesar de tradicionalmente ser associada à proteção do patrimônio, a autonomia privada também abrange as situações jurídico-existenciais”¹¹¹, quando então acaba por receber nomes diversos pela doutrina, como autodeterminação da vontade.

¹⁰⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 39.

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 13.

¹⁰⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luis. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, 2004.

¹⁰⁹ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 22.

¹¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 276-277.

¹¹¹ LIMA, Jairo Néia; PEGORER, Mayara Alice Souza. Autonomia das mulheres em tempos de zika vírus: uma perspectiva sobre o aborto a partir dos direitos sexuais e reprodutivos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado

Flaviana Rampazzo Soares, por sua vez, afirma que a liberdade é um princípio geral e a autonomia é a representação da liberdade no Direito Privado e está presente em diversas figuras jurídicas previstas normativamente.

A autora acrescenta o conceito de autodeterminação como sendo a concretização dessa autonomia no exercício da liberdade existencial da pessoa. São diferentes dimensões e níveis de “concretização da liberdade, embora seja necessário reconhecer que esse ponto provém mais de um acordo semântico¹¹² do que propriamente de uma distinção de caráter puramente técnico ou legal”.¹¹³

Os conceitos permitem identificar que os limiares não tão nítidos quanto às nomenclaturas usualmente direcionadas à autonomia da pessoa e seus reflexos no Direito. O que não se pode negar, independentemente da nomenclatura, para Ana Carolina Brochado Teixeira, é que a autonomia alcança a dimensão da dignidade humana e tutela o respeito integral pela pessoa, pela sua identidade e forma como esta se projeta no mundo.

É exatamente essa projeção que se estabelece com o outro, que permite, diante da liberdade de escolha de exercício de determinados direitos, a externalização da singularidade de cada um, resguardada pelos direitos da personalidade. A ausência deste poder de escolha diante da diversidade com o outro significa a descaracterização da própria razão de existência dos direitos personalíssimos.

Ana Carolina Brochado Teixeira afirma que no âmbito relacional a autonomia implica a possibilidade de cada um construir a si mesmo, inserido em um processo, no qual se constrói e interfere na construção “do outro”, como forma de efetivação da alteridade. Significa, portanto, a construção da pessoalidade, razão pela qual o pluralismo é essência para a própria democracia, pois respeita a individualidade, a

(coords.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2017. p. 188.

¹¹² Diante dos conceitos apresentados de “autonomia da vontade”, “autorregramento da vontade”, “autonomia privada” e “autodeterminação”, é possível “afirmar e repetir, para concluir este tópico, que há diversos entendimentos doutrinários a respeito da matéria que, ao fim, se aproximam mais de acordos semânticos do que propriamente de premissas teóricas sustentadas em regras jurídicas”. In: SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 40.

¹¹³ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 40.

diversidade cultural, étnica, nacional etc. Respeita a pessoa em seu ser e em seu vir a ser.¹¹⁴

Há que se registrar, no mesmo sentido, o entendimento de Rodrigo Roger Saldanha acerca desta íntima correlação da autonomia, não só com os direitos personalíssimos e fundamentais, mas, especialmente, com o princípio da dignidade da pessoa humana. Para o autor, a autonomia, além de ser o exercício de uma subjetividade, representa, em verdade, a manifestação da privacidade do indivíduo, de modo que consiste na liberdade deste em direcionar sua vida privada, conforme seu livre arbítrio.

Sendo a racionalidade do ser humano o que lhe distingue e que lhe proporciona um valor absoluto que perfaz sua dignidade, eliminar essa manifestação de vontade expressada pelo exercício da autonomia é afrontar sua própria dignidade.¹¹⁵ Desta forma, defende-se a liberdade de escolha do titular de um direito personalíssimo que, ao servir como instrumento de expressão da própria personalidade da pessoa, posto que se torna instrumento da sua ipseidade, ao mesmo tempo que concretiza e efetiva a própria dignidade da pessoa humana. Enfatiza-se que, Flaviana Rampazzo Soares, diante dos mesmos argumentos, chega a concluir pelo entendimento de que a autonomia seria, inclusive, um direito da personalidade.¹¹⁶

Com base em tais conjecturas, compreende-se os direitos da personalidade, mais especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos, como manifestação do exercício da autonomia existencial do indivíduo, de modo que se sugere que eles sejam vistos como uma prerrogativa de escolha de se e como se pretende ter filhos, envolvendo, assim, tantos outros direitos, como o próprio direito à vida e a integridade física e psíquica.¹¹⁷

Acerca da autonomia reprodutiva, Daniel Sarmento pontua que ela deve ser respeitada e protegida, já que resulta no exercício de direitos fundamentais de liberdade

¹¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 16, p. 75-104, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>. Acesso em: 4 fev. 2022.

¹¹⁵ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Testamento vital: aspectos controversos e a autonomia do enfermo**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 39-40.

¹¹⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 48.

¹¹⁷ LIMA, Jairo Néia; PEGORER, Mayara Alice Souza. Autonomia das mulheres em tempos de zika vírus: uma perspectiva sobre o aborto a partir dos direitos sexuais e reprodutivos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coords.). **Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 188.

e privacidade, essenciais para a criação de um projeto parental, por exemplo, sobretudo sob a perspectiva do direito humano da mulher, sob a vanguarda de convenções internacionais, como a do Cairo e a de Pequim.¹¹⁸

Como prescreve Samir Namur, a sociedade deve garantir que todos possam escolher como se manifestar afetivamente, sem interferências e discriminação. Entende, ainda, que uma cultura de tolerância, que proteja a manifestação da sexualidade, é importante também para indivíduos em formação (crianças e adolescentes), para que aprendam a conviver em um mundo de respeito à pluralidade sexual e comportamental.¹¹⁹

Especialmente neste campo da Bioética, em conformidade com as observações de Flaviana Rampazzo Soares, percebe-se que a dignidade da pessoa humana funciona ao mesmo tempo como ponto de partida, ou seja, como fundamento, e ponto de chegada, enquanto limite e objetivo. Na mesma medida em que a liberdade deve ser exercida com responsabilidade, o ser humano deve ser considerado para o direito na sua singularidade (um valor em si), na sua correlação social e no seu papel na formação de uma coletividade justa.¹²⁰

Como pontua Samir Namur, do ponto de vista constitucional, a liberdade corresponde à possibilidade de um indivíduo fazer, ou não fazer, algo livre de restrições legais e esse agir ou não agir está protegido contra a interferência de outras pessoas. O autor ilustra seu posicionamento com o seguinte exemplo: “o indivíduo é livre para escolher constituir família sem a imposição de modelos legais ou de interferência pela sociedade para escolher determinado modelo”.¹²¹

Logo, para o autor, é coerente a ideia de que deve o legislador enfrentar a conduta pessoal dos indivíduos com poucas normas, não invadindo a sua esfera privada de decisão, removendo obstáculos para permitir condições ideais” de exercício responsável da própria liberdade. Contudo, o autor registra que o cenário hodierno do ordenamento brasileiro ainda é o da necessidade de chancela jurídica permissiva em âmbito infraconstitucional e judicial à liberdade para o exercício da

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 76.

¹¹⁹ NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 99.

¹²⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 42.

¹²¹ NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 117.

autonomia privada existencial¹²², como a que se impõe à prática da cessão de gestação, exemplificativamente.

Para Flaviana Rampazzo Soares, quanto mais valioso e crucial for o “interesse posto em causa ou afetado pelo ato de autonomia, mais ampla será sua proteção e maior deverá ser o cuidado na análise do seu conteúdo e extensão”, permitindo-se não “só que a vida, a integridade física ou psíquica”, a dignidade humana e “a liberdade estejam em uma situação de maior proteção jurídica (assim como maior proteção à autonomia no que se refere às decisões de ordem existencial)”, mas “também que os direitos reais (abrangendo os direitos sobre bens incorpóreos) e os interesses meramente econômicos ou relações contratuais não tenham um rigor acentuado na questão relativa à autonomia”.¹²³

Como pontua Soares:

Este é o caminho trilhado por Sarmento, para quem o nível de proteção da autonomia deve observar a medida segundo a qual seu exercício venha a tratar de elementos essenciais à vida digna que possam ser prejudicados pela tomada de decisão: “o peso da autonomia privada em uma ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão examinada” embora uma “incompatibilidade” *a priori* entre direitos fundamentais necessariamente leve o aplicador do direito a uma compatibilização, procurando harmonizar cada situação da forma mais razoável e proporcional possível. Tratando-se de interesses a serem resguardados, cada ordenamento jurídico pode determinar suas áreas específicas ou especiais de proteção, seja ao proibir ou a exigir um comportamento predeterminado em maior ou menor medida, seja ao estabelecer os direitos, os poderes, os interesses e as demandas que, em regra, devem ser respeitados.¹²⁴

Alysson Oliveira Moreira, em defesa da liberdade de exercício de direitos personalíssimos, ao citar Stefano Rodotà, contribui com a temática ao afirmar que algumas dimensões existenciais da pessoa corporificam a sua identidade e a sua compreensão de mundo, de forma que conferem significado e substância à abstração da dignidade da pessoa humana e influenciam na forma como ela compreende e experimenta o mundo.¹²⁵

¹²² NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 117.

¹²³ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 27-28.

¹²⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 28.

¹²⁵ MOREIRA, Alysson Oliveira. Autonomia existencial no fim da vida: um caminho para plenitude da existência até os últimos momentos e a morte digna. *In*: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana

Na visão de Rodotà:

A autodeterminação se identifica assim com o projeto de vida realizado ou desejado pela pessoa. E aqui a vida é verdadeiramente aquela de que falava Montaigne, "um movimento desigual, irregular, multiforme", irreduzível a esquemas formais, governado por um exercício ininterrupto de soberania que permite aquela livre construção da personalidade que encontramos inscrita no início da Constituição italiana e em outras Constituições.¹²⁶

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Éverton Willian Pona afirmam que a autodeterminação é a capacidade que o sujeito tem de regulamentar um campo particular e tão íntimo que não se pode cogitar a interferência estatal a impor limitações, mormente por se referir somente ao indivíduo e não a terceiros, posto que reconhecido o pluralismo de estilo de vida. Ainda que o Estado não adote como regra a total liberdade de conduta do indivíduo, reconhecer sua capacidade de autodeterminação impõe, necessariamente, a observância de suas escolhas.¹²⁷

Desta forma, coaduna-se com o pensamento de Ana Carolina Brochado Teixeira, que afirma que a liberdade deve ser reconhecida como um direito fundamental em todas as suas nuances, incluindo a autodeterminação existencial, que se manifesta por meio do exercício da autogestão nas situações jurídicas subjetivas extrapatrimoniais, inclusive no que se refere ao corpo, que significa a faculdade de disposição da pessoa quanto a sua existencialidade corporal (no todo ou sobre partes dele).¹²⁸

Acerca da integridade psicofísica, seja enquanto um direito fundamental (nas searas de proteção da vida e da saúde) assim como, mais especificamente, um direito da personalidade (proteção da integridade corporal), Flaviana Rampazzo Soares entende ser relevante observar a necessidade de conformação permanente entre o espaço de autodeterminação no exercício dos direitos pessoais e o papel do Direito como limitador de condutas que possam ser consideradas atentatórias a interesses

Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa (orgs.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina, Paraná: Thoth, 2022. p. 134.

¹²⁶ RODOTÀ, Stéfano. **Autodeterminação e laicidade**. Tradução: Carlos Nelson Konder. Bari: Laterza, 2010. p. 8.

¹²⁷ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Ewerton Willian. A vida numa casca de noz? A insuficiência do conceito de direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para aplicação do direito e realização da autonomia privada. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coords.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

¹²⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 43.

juridicamente protegidos, incluindo aqueles inatos e essenciais à condição humana, seja da pessoa em relação aos seus justos interesses, seja nos “vínculos inter-relacionais com outras pessoas, entes, ou com o Estado.”¹²⁹

Para a autora, o Código Civil aborda a autodeterminação corporal – que é um direito de personalidade – de modo incompleto e parcial, nos artigos arts. 13 e 15, os quais exprimem, com alguns lapsos de redação, a impossibilidade de atos de disposição do próprio corpo, quando importarem diminuição permanente da integridade física ou quando contrariarem os bons costumes, bem como o impedimento de qualquer constrangimento a uma pessoa, com o objetivo de submetê-la a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica.¹³⁰

A constatação da autora acima referida decorre do entendimento doutrinário e legal acerca de alguns atributos inerentes aos direitos personalíssimos que se chocam com a ideia de exercício da autonomia e da livre manifestação da vontade de titulares de direitos, como foi defendido nesta seção. Desta forma, enfrentar-se-á no próximo tópico os reflexos da autonomia existencial diante das construções doutrinárias acerca dos atributos dos direitos da personalidade.

2.6 ATRIBUTOS ESSENCIAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: DA INDISPONIBILIDADE CONTROLADA

Os direitos personalíssimos, como já observado, têm como objeto de proteção os bens mais elevados da pessoa humana, portanto, são dotados de caracteres especiais, que visam garantir a mais ampla proteção a ela. Diante da previsão do art. 11¹³¹ do Código Civil, que estabelece que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, a doutrina nacional extrai quais são as características importantes dessa classe de direitos.

Neste sentido, Roxana Borges vaticina que:

¹²⁹ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 48.

¹³⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 48.

¹³¹ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

No código civil de 2002, o capítulo dos direitos de personalidade inicia com um artigo que, dentre as várias características apontadas pela doutrina, atribui apenas duas características aos direitos de personalidade: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, proibindo o legislador que os direitos de personalidade sofram, até mesmo, limitações voluntárias. Ou seja, dentre tantas características atribuída aos direitos de personalidade, o legislador mencionou apenas a indisponibilidade, *stricto sensu*.¹³²

Com fundamento no referido texto legal, a doutrina foi traçando conclusões acerca de tais características e incluindo entre os predicados direcionados aos bens personalíssimos a extrapatrimonialidade, haja vista se relacionar, em certa medida, com a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade deles elencada na lei.

É certo que a propriedade, por ser um direito ligado a bens patrimoniais, assim como outros dessa mesma natureza, pode ser transmitida livremente a outras pessoas que possam ter interesse em titularizá-la na qualidade de sujeitos de direito, do mesmo modo que, exatamente por ser patrimonial e não estar intimamente ligada à esfera da própria personalidade humana, pode ser também renunciada pelo seu titular.

A contrario sensu, quanto aos direitos extrapatrimoniais personalíssimos, diz-se que são intransmissíveis. A intransmissibilidade dos direitos da personalidade é caracterizada pela impossibilidade de transferência a outra pessoa, seja por ato *inter vivo* ou *causa mortis*, do atributo personalíssimo protegido legalmente.

Por certo que o atributo personalíssimo só pode ser direcionado ao seu titular diante do nascer com vida, conforme prenuncia o art. 2º¹³³ da Código Civil, e deve perdurar durante toda ela, daí adequadamente a lei prever, além da intransmissibilidade, também a irrenunciabilidade deles. Assim, a honra, o nome, a privacidade etc., não podem ser transferidos pelo seu titular definitivamente a outras pessoas.

A extrapatrimonialidade consiste na insuscetibilidade de avaliação pecuniária desses direitos, ou seja, não se pode quantificá-los com um preço, exatamente por exprimirem um valor existencial e jurídico inauferível patrimonialmente. No entanto, não se pode deixar de registrar que tal característica não implica impossibilidade de traçar alguma relação deles com um conteúdo patrimonial, como, por exemplo, o fato

¹³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE. Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 120.

¹³³ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

de uma eventual lesão a esses direitos produzir efeitos monetários, fato que não se confunde com o impedimento de quantificação pecuniária do atributo da personalidade salvaguardado pela lei.

Flaviana Rampazzo Soares, conciliando brilhantemente o posicionamento clássico da doutrina com o contexto social hodierno, não nega tais características aos direitos da personalidade, posto afirmar que a prática de atos jurídicos existenciais, ou seja, que envolvem tais direitos, pelo sujeito deles, relacionam-se a interesses e a atributos que tenham valor não imediatamente econômico e sejam albergados pelo Direito por ser conveniente ou vantajoso ao seu titular e do qual este possa extrair proveito, utilidade ou benefício juridicamente tutelado. Destaca-se que a significativa contribuição da autora reside na constatação de que tais direitos, embora em algumas situações, possam encerrar um conteúdo econômico, quando isso ocorre é de modo periférico ou mediato.¹³⁴

Percebe-se que a autora desloca a questão da característica patrimonial ou extrapatrimonial dos direitos da personalidade a segundo plano, alinhando-se, assim, a uma interpretação civil-constitucional dos textos legais que, contemporaneamente, sinalizam que o centro das proteções jurídicas deve residir na pessoa humana, esteja ela figurando em relações de cunho patrimonial ou não.

Para além da abordagem sobre as características citadas na lei, que não reclamam grandes observações, dado o entendimento pacífico da doutrina, concentra-se, nesta pesquisa, na característica da indisponibilidade dos direitos da personalidade, extraída pela doutrina a partir do texto do já citado artigo art. 11 do Código Civil.

A indisponibilidade sugere a inviabilidade do titular de um direito de dispor dele como bem lhe aprouver, ou seja, a impossibilidade de exercer livremente a autonomia. Distante do posicionamento predominante da doutrina, o contexto social tem evidenciado uma realidade contraditória diante da disposição de direitos personalíssimos feita por seus titulares nos casos concretos. Exemplificativamente, observam-se demandas judiciais acerca da técnica de reprodução assistida de cessão de gestação, na qual a gestante da criança cede o útero para realizar o projeto de filiação de uma outra pessoa ou família.

Em conformidade com o entendimento de Roxana Borges, a disponibilidade,

¹³⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 80.

em sentido amplo, significa o poder que a pessoa tem de gerir seus interesses particulares no âmbito da vida privada, sem interferência do Estado ou de terceiros.¹³⁵

Tratar da disponibilidade de um direito implica lidar com o poder do particular de estabelecer normas individuais sobre seus interesses, exercendo seus direitos não apenas de forma negativa, mas também, e principalmente, de forma positiva.¹³⁶ Dito de outra forma, implica no poder de ditar normas que o particular tem em determinadas situações jurídicas por meio do exercício de sua autonomia.¹³⁷

No tópico anterior, destinado ao estudo da autonomia, tratou-se do seu exercício de maneira ampla. Aqui, para a compreensão completa dos posicionamentos a serem registrados nesta pesquisa, retomar-se-á o conceito, entretanto, abordando a vertente voltada para a liberdade nas relações negociais, tendo em vista serem esses os atuais contornos dados pela doutrina a tal instituto, enfatizando, principalmente, o posicionamento mais moderno. Parar tanto, não se pode deixar de, preliminarmente ao tema da disponibilidade dos direitos, deixar de retomar em linhas gerais o conceito apresentado pela doutrina clássica acerca da autonomia da vontade e da autonomia privada.

Como já visto, a autonomia tem sua raiz na vontade humana e se relaciona intimamente com a liberdade para manifestar o consentimento diante do exercício de um determinado direito. Pietro Perlingieri esclarece que o direito subjetivo é “o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito”.¹³⁸

Em momentos históricos mais remotos, no direito nacional imperava o liberalismo e a autonomia dita “da vontade” era exercida quase que sem limites; vislumbrava-se apenas a vontade da parte, desconsiderando limitações de ordem pública como fatores políticos, econômicos ou sociais, relacionados com a expressão da vontade particular.

É certo que a amplitude do princípio da autonomia, hoje, não é o mesmo de outrora. Atualmente, o direito subjetivo, fundado no referido princípio, em atenção ao

¹³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE. Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 132.

¹³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 127.

¹³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 102.

¹³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 675.

movimento de constitucionalização do Direito Privado, já abordado em linhas anteriores, não pode mais ser expresso de forma arbitrária e absoluta, já que teve seu sentido sensivelmente alterado.

Neste sentido é a lição de Roberto Senise Lisboa, ao estabelecer que a “autonomia da vontade, outrora núcleo absoluto e ilimitado da negociação jurídica, graças ao individualismo, cedeu lugar, então, ao princípio da proteção do hipossuficiente. Contudo não desapareceu do cenário do direito”.¹³⁹

Fala-se, então, que houve o declínio da autonomia da vontade para a autonomia privada. Renan Lotufo, Francisco Amaral e Enzo Roppo representam “parcela considerável da doutrina atual, nacional e estrangeira, que propõe a substituição do antigo princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada”.¹⁴⁰

A concepção de autonomia privada projetou o princípio da dignidade da pessoa humana para dentro do Direito Civil, concretizando a carga axiológica implantada no texto constitucional por meio do poder que é conferido ao sujeito de direito para exercer a sua vontade.

Giselda Hironaka fundamenta o raciocínio da seguinte forma:

Dentro das ideias de personalização do direito privado e de valorização da pessoa como centro do direito privado, o conceito de autonomia privada é de fato o mais adequado, pois a autonomia não é da vontade, mas da pessoa. [...] não há dúvida de que a vontade – de per si – perdeu o destaque que exercia no passado [...].¹⁴¹

Francisco Amaral, em síntese esclarecedora, estabelece que “a expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”.¹⁴²

Segundo identifica Eros Roberto Grau, a mudança de perspectiva sobre a

¹³⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 80.

¹⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado: superando a crise e renovando princípios no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa Civil Brasileira. In: BAROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 46.

¹⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado: superando a crise e renovando princípios no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa Civil Brasileira. In: BAROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 46.

¹⁴² AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2008. p. 348.

compreensão da autonomia da vontade foi, portanto, profunda. Deixou-se de considerar o indivíduo como senhor absoluto da sua vontade, para compreendê-lo como sujeito autorizado pelo ordenamento a praticar determinados atos, nos exatos limites da autorização concedida.¹⁴³

Acrescenta-se, ainda, o entendimento de Edson Rodrigues e Janice Borges:

E nos negócios jurídicos e nas situações subjetivas não patrimoniais (direitos da personalidade ou pessoais), caberia a aplicação da autonomia privada? A resposta só pode ser afirmativa, pois nas situações não patrimoniais as partes também têm a possibilidade de criar regras próprias em função de seus interesses, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico.¹⁴⁴

Luiz Edson Fachin amplia a concepção de autonomia e esclarece que a autonomia privada está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses. Assim, entende o autor que a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica na medida que a lei reconhece explicitamente o espaço em branco para que os particulares o preencham.¹⁴⁵

Hodiernamente, como detalhado no tópico anterior, a doutrina mais moderna ensaia ultrapassar o conceito de autonomia privada e passa a falar sobre autonomia jurídica ou, ainda, em autodeterminação da pessoa, conforme Roxana Borges esclarece:

Mais ampla que a autonomia privada, autonomia jurídica individual se refere não apenas ao poder de estabelecer negócios jurídicos, mas ao poder de agir lícitamente, sem que essa atuação tenha necessariamente como efeitos a aquisição, a transferência ou extinção de direitos.¹⁴⁶

Tem-se que, como corolário, no mundo contemporâneo, que a adesão à autonomia privada ampliou seu alcance, tornando possível seu exercício pelos titulares de direitos personalíssimos para a disposição voluntária de tais direitos.

¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, jan./mar. 2001. p. 78.

¹⁴⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 189.

¹⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**: conseqüências práticas. Curitiba: Educa, 1988. p. 54.

¹⁴⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 114.

Roxana Borges, ao citar José Abreu Filho, enfatiza que a autonomia privada se manifesta nos direitos de personalidade, no direito ao próprio corpo, no direito à intimidade e no direito à imagem.¹⁴⁷ Desta forma, muito embora a doutrina majoritária extraia do art. 11 da lei civil a indisponibilidade dos direitos personalíssimos, uma análise mais detida sobre a realidade fática, em consonância com os atuais contornos da autonomia privada, leva a doutrina mais moderna a acatar a disponibilidade de tais direitos. Entretanto, a compreensão dos direitos da personalidade ocorre em perspectiva de relativa disponibilidade, haja vista o artigo da lei civil, acima citado, promover uma abertura para a estipulação de casos excepcionais de disponibilização dos direitos personalíssimos, sempre que amparado em lei especial ou na Constituição Federal, quando fundamentado no próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, essa característica vem acompanhada de limitações impostas pela doutrina.

Carlos Alberto Bittar, ao lembrar a relevância dos direitos personalíssimos e seu objetivo de proteção da pessoa humana, encontra a razão para que o ordenamento jurídico não consinta que deles despoje totalmente o seu titular, emprestando-lhes caráter essencial.¹⁴⁸

O mesmo autor, em outro momento, admite a cessão de seu exercício, muito embora não aceite a transmissão da titularidade, em algumas situações previstas em lei ou apoiadas no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Bittar explica que certos direitos da personalidade acabaram ingressando na circulação jurídica, “admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte de seu titular, sem, no entanto, afetar-se os seus caracteres intrínsecos”.¹⁴⁹

Bittar lembra da possibilidade de disposição dos direitos autorais, que permite, por exemplo, a adaptação da obra para outro meio de comunicação, como romance em filme ou novela. Também recorda que o direito à imagem é disponível na prática, inclusive, mediante a remuneração. Não se olvida de citar os direitos ao corpo ou a partes dele, ou ao órgão, ante situações altruísticas, ou científicas, que podem ser cedidos, por exemplo, para transplantes e outras operações de cunho humanístico¹⁵⁰.

¹⁴⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116.

¹⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 43.

¹⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44.

¹⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44.

Assim, conclui o autor que são disponíveis, por via contratual, certos direitos – mediante instrumentos adequados (como os de licença, de cessão de direitos e outros específicos) –, podendo, portanto, vir a ser utilizados por terceiros e nos termos restritos aos respectivos ajustes escritos.¹⁵¹

Nelson Rosenvald afirma ser “admissível a limitação voluntária a direito da personalidade, desde que não seja em caráter absoluto e genérico”. Noutras palavras, “o ato de disposição de um direito da personalidade há de ser transitório (limitado no tempo) e específico (afinal ninguém pode abrir mão de toda a sua personalidade)”.¹⁵² Jabur Haddad acrescenta que:

Deveras, a limitação inválida, e com sobra de motivos, é aquela que se tolhe do titular de um direito personalíssimo a fruição de (i) todas suas particulares e incessíveis potencialidades (ii) indeterminadamente. A temporária e parcial cessão, graciosa ou onerosa, das virtudes contidas num direito personalíssimo não afronta o art. 11 do Código Civil.¹⁵³

Roxana Borges corrobora com a temática e a enriquece ao entender a disponibilidade como sendo a “liberdade jurídica de exercer certos direitos de personalidade de forma ativa ou positiva, não apenas na forma negativa, como tradicionalmente se pensou”.¹⁵⁴ Para a autora, a antiga apreciação do aspecto negativo da salvaguarda dos direitos da personalidade, que sugere a proteção das pessoas contra agressões de terceiros e do Estado, se mostra obsoleta. Por certo que o amparo desses direitos não pode se limitar em garantir ao sujeito uma blindagem contra o Estado e os particulares. Existe uma função dúplice necessária para o livre desenvolvimento da personalidade.

A autonomia manifesta a liberdade jurídica do sujeito de exercer seus direitos personalíssimos de maneira positiva, atuante e em conformidade com seus interesses próprios:

Se a dignidade da pessoa humana e, portanto, os direitos de personalidade forem considerados apenas em seu aspecto negativo, como faz o direito penal, a tutela

¹⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44.

¹⁵² ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 173.

¹⁵³ JABUR, Gilberto Haddad. Os direitos da personalidade No Código Civil Brasileiro. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 58, p. 445, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=142689310&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 7 dez. 2021.

¹⁵⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112.

dos direitos de personalidade não estará completa. Na verdade, é preciso valorizar a possibilidade e a presença da autonomia privada no âmbito dos direitos de personalidade, reconhecendo o seu aspecto positivo, ligado à liberdade jurídica¹⁵⁵.

José Henrique Pierangeli assevera que existe uma esfera privada na vida da pessoa, a respeito da qual não cabe a ninguém interferir. Sendo assim, como consequência, os bens que interessam à vivência dessa esfera privada devem ser disponíveis, uma vez que não cabe nem ao Estado como legislador, nem a sociedade, enquanto portadora de um suposto interesse público, a restrição quanto ao destino que o particular queira dar a seus bens.¹⁵⁶

Cunha Gonçalves, em síntese esclarecedora, defende essa maior disponibilidade dos direitos da personalidade, afirmando ser evidente a aptidão do homem para exercer direitos sobre a sua própria pessoa, incluindo, não só os atos cotidianos, mas também, e principalmente, os atos de especial tratamento pela lei civil, neste sentido:

[...] é inegável que o homem pode exercer direitos sobre a sua própria pessoa, não só os atos de vida quotidiana (cortar o cabelo e as unhas, fazer a barba, fumar, medicar-se, ou sujeitar-se a operações cirúrgicas etc.) [...] Mas também nos atos extraordinários, tais como: ceder sangue para uma transfusão, a fim de salvar um doente; atirar-se à água ou no meio das chamas para salvar uma vida alheia; sujeitar-se a experiência de novas terapêuticas, ou legar o cadáver ao teatro anatômico [...] alistar-se voluntariamente para uma guerra, mesmo em país estrangeiro; contratar-se para arriscado serviços desportivos nos circos ou nas barracas de santibancos, sujeitando-se a perigosas provas como fekir, jejuador ou atleta. Todos esses atos são direitos sobre o próprio corpo e com eles não se lesam os direitos alheios, nem ofendem os princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou dos Interesses do Estado. De igual modo, a quem se constitui em refém em tempo de guerra, ou cede o seu nome para fins mercantis ou literários etc., exerce direitos sobre parcelas de sua pessoa ou sobre manifestações da sua personalidade.¹⁵⁷

Observa-se que a definição de alguns limites à disposição de direitos personalíssimos pode ser apreciada no próprio ato negocial, no qual o sujeito de direitos realiza as concessões, tema que será abordado em profundidade na segunda seção deste trabalho.

Por hora, resta certo que seria temerário incentivar, neste trabalho, uma

¹⁵⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

¹⁵⁶ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 2. ed. atual. e aum. Brasileira. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 339.

liberdade ilimitada para dispor dos direitos personalíssimos, entretanto, verifica-se que o limite dessa disposição deve ser estabelecido com uma intervenção mínima do Estado, conforme manifesta Roxana Borges, nos seguintes termos:

Considerando que os direitos de personalidade são os que mais se aproximam da liberdade de concretização da própria dignidade, conclui-se que esses formam um campo jurídico sobre o qual a intervenção pública, social estatal, deve ser mínima. Se assim não for vir o espírito de liberdade presente desde o preâmbulo do texto constitucional fortemente presente nos arts. 1º e 3º, será negado e estaremos diante de um dirigismo jurídico inconstitucional da vida privada das pessoas.¹⁵⁸

A determinação, pelo Estado, do que é digno, ou não, e necessário ao desenvolvimento da personalidade de alguém não se configura numa garantia de proteção à pessoa humana, mas sim numa ofensa.

Conforme o entendimento de Roxana Borges, a intervenção do Estado não pode se estabelecer no sentido de determinar o que é adequado para o alcance da dignidade do homem, especialmente no que se refere à gerência de seu próprio corpo. Somente a própria pessoa, no exercício de seu direito ao respeito à dignidade, é quem definirá quais são os atos que a definem, a efetuam ou a agredem.¹⁵⁹ Para a autora, a definição do conceito de dignidade não pode ser dada de forma absoluta pelo Direito, mas pela própria pessoa a quem se refere. Isso porque, a autora entende que a dignidade não é um direito. Para ela, o direito de que se trata, na verdade, é o direito ao respeito à dignidade da pessoa. Portanto, o ordenamento jurídico e o Estado devem assegurar o direito ao respeito à dignidade das pessoas, mas não de determinar o que seja ou não dignidade.

É a própria pessoa, tendo a materialização do patrimônio mínimo, quem deve definir em que consiste sua dignidade e quais são os atos que possam agredi-la. Não são o Estado, o Direito ou os entes que são capazes de estabelecer o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana.

Roxana Borges entende que definir a essência, determinar o conteúdo mínimo e desenhar os contornos da dignidade, construindo um modelo, não são tarefas possíveis de se realizar por meio da ciência, da técnica jurídica. Se a noção de dignidade está relacionada com a própria identidade, só mesmo a própria pessoa

¹⁵⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 135.

¹⁵⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 143-144.

poderá definir o conteúdo e, por consequência, apontar as circunstâncias que a agredem. Apenas concretamente se pode falar sobre dignidade, não abstratamente, pois a pessoa humana existe concretamente, não num plano abstrato ou ideal.¹⁶⁰

Nas palavras de Elimar Szaniawski, o entendimento sobre a liberdade de autodeterminar a vontade para a disposição de um direito personalíssimo se confirma, no sentido de consistir no poder que todo ser humano possui de se autodeterminar, de decidir por si mesmo o que é melhor para si. O poder de autodeterminação diz respeito à possibilidade que cada indivíduo tem de determinação do sentido de sua evolução e da formação de seu próprio tipo de personalidade. O autor enfatiza que esta capacidade é autorizada pela própria ordem jurídica, ao reconhecer, no âmbito da tutela de um direito geral de personalidade, a existência da autonomia da vontade e de uma soberana capacidade de exercício. Ressalta-se que o bem jurídico da personalidade se constitui, em princípio, como um bem indisponível nas relações do sujeito com outros indivíduos. No entanto, este fato não é impeditivo de que no âmbito da esfera pessoal de cada indivíduo ocorram mutações juridicamente tutelares, oriundas do poder de autodeterminação do ser humano.¹⁶¹

Como lembrado pelo autor acima citado, destaca-se que a defesa da disponibilidade do direito personalíssimo se restringe a atos realizados pelo seu próprio titular. Por certo, o mesmo não se pode afirmar quanto à conduta de terceiros em relação ao titular do direito, como, por exemplo, quando os pais dispõem da integridade física do corpo de um filho.

Entende-se que quanto a atos referentes a direito de terceiros a inviolabilidade deve ser garantida, respeitando os limites que a lei deve avaliar e estabelecer previamente.

Conforme Roxana Borges esclarece que o aspecto positivo dos direitos de personalidade de realizar a liberdade jurídica que o ordenamento reconhece às pessoas tem de ser respeitado, já que é preciso admitir o exercício amplo da liberdade, que não afete direitos de terceiros.¹⁶²

Se a Constituição Federal e o Código Civil garantem o direito à integridade

¹⁶⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 143-144.

¹⁶¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 254-255.

¹⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123.

física, o titular desse direito tem o “direito/faculdade” de manter sua integridade como entender mantê-la, e não a obrigação de o fazê-lo conforme o Estado o determina, sob pena de transformar um direito em um dever.

Afirmar que os direitos da personalidade são indisponíveis significa retirar-lhes a essência de garantia concedida aos particulares como um direito para considerá-los e impô-los como deveres, haja vista a indisponibilidade implicar um dever de exercício, ou seja, uma obrigação de não dispor. Se o sujeito tem uma esfera de autonomia para exercer seus interesses, segundo sua própria vontade, ele também o deve ter para não o exercer. Dito de outra forma, se o exercício de um direito da personalidade for obrigatório, o que era direito passa a ser dever, descaracterizando, assim, o âmbito de autonomia e liberdade que conferem dignidade à pessoa humana.

O exercício desta liberdade de disposição fica melhor identificada quando da análise do caso de cessão de gestação, situação jurídica na qual uma mulher dispõe do uso de seu útero para gestar o filho alheio, sendo este o objeto de observação do item a seguir.

2.7 A DISPONIBILIDADE DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA DE CESSÃO DE GESTAÇÃO

O direito à integridade física é corolário da proteção destinada à vida humana, impondo repulsa contra qualquer risco a sua degradação total ou parcial. Esse direito se apresenta construído sobre ampla, robusta e exaustiva fundamentação constitucional e infraconstitucional.

A primeira fonte constitucional desse direito pode ser encontrada no art. 1º, inc. III¹⁶³, da Constituição Federal de 1988, ao versar sobre a garantia de dignidade adstrita à pessoa humana; também cita-se o art. 5, inc. III¹⁶⁴, dentre vários outros que visam

¹⁶³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]. In: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

¹⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]. In: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da

atingir o mesmo objetivo, que reforçou tal salvaguarda ao determinar a ilicitude de qualquer tratamento desumano ou degradante ao indivíduo e, ainda no texto constitucional, há que se destacar o art. 199¹⁶⁵, §4º, que estabelece e regula a disponibilidade de partes do corpo humano.

Em âmbito infraconstitucional, os direitos personalíssimos dispostos no Código Civil disciplinam a temática, especialmente, nos artigos 13 a 15.¹⁶⁶ Há, ainda, previsão na codificação penal, além de leis esparsas com a mesma destinação, como a Lei nº 9.434¹⁶⁷, de 4 de fevereiro de 1997, que institui a legalidade sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Falar em integridade física é se referir ao modo de ser da pessoa, partindo da noção de direito à vida e abrangendo diversos outros direitos, conforme elucida Eliamar Szaniawski:

Atualmente, vamos encontrar, sobre a denominação de direitos à integridade física diversos outros direitos, como sub tipificações dos direitos de personalidade, sob a ótica da doutrina do século XIX. A saber: o direito à vida, o direito à integridade corporal e o direito à saúde.¹⁶⁸

-
- República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.
- ¹⁶⁵ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.
- ¹⁶⁶ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.
- Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.
- Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.
- ¹⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 12 jan. 2023.
- ¹⁶⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 467.

O alcance desse direito é abordado pela doutrina tradicional de maneira ampla e o tema costuma ser tratado sobre as expressões “direito à integridade física” ou “direito ao próprio corpo”.¹⁶⁹ É o que se observa pelo sentido adotado por Roxana Borges, que utiliza a expressão “direito ao próprio corpo” num sentido genérico, e, subdivide-o, apenas para facilitar sua análise, em seis aspectos: direito à doação de órgãos, direito ao embelezamento, direito à mudança de sexo, direito à integridade física, direito à autolesão e direito ao corpo e à reprodução humana. A autora esclarece que tal subdivisão não se trata de reconhecer novos direitos ou de propor uma classificação nova.

O recorte, apenas por questão metodológica, visa facilitar o estudo das várias formas possíveis de exercício da autonomia jurídica individual sobre o direito ao próprio corpo no direito brasileiro.¹⁷⁰ Este direito diz respeito à proteção destinada à vida humana, englobando o corpo físico vivo e o corpo morto, com seus desdobramentos abrangendo as partes separadas do corpo e inclui, ainda, a esfera psicológica e emocional do ser. A doutrina majoritária adota um entendimento unitário para determinar a vertente física e psíquica do ser, conforme Elimar Szaniawski informa:

Existem autores que concebem um unitarismo no conceito de integridade. Para eles, a análise da expressão integridade quer sobre o perfil físico, aspecto psíquico constitui os componentes indivisíveis da estrutura humana. Consequentemente, a tutela jurídica de um desses aspectos, apenas, já se traduz na tutela da pessoa por inteiro. Deste modo, não somente estaria consentida a utilização do regramento específico da integridade psíquica, mas também aquela que protege a integridade física. Isso porque, a tutela da pessoa se dá dentro de uma noção unitária.¹⁷¹

Não se deterá na análise mais aprofundada sobre as decorrências jurídicas do direito ao corpo morto. O enfoque desta pesquisa recai sobre os limites da disponibilidade sobre o aspecto físico da personalidade do corpo vivo em sua integridade ou de suas partes separadas, sobre os quais o Código Civil dedicou

¹⁶⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 167.

¹⁷⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 169.

¹⁷¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 473.

atenção mais específica no art. 13.¹⁷²

Conforme esclarece Carlos Alberto Bittar, o direito à integridade física alcança tanto a forma plástica total quanto suas partes destacáveis, renováveis ou não (cabeça, tronco, membros, órgãos, cabelos, sangue, sêmem).¹⁷³ Conforme se observa no texto de lei citado, o legislador estabelece a indisponibilidade do próprio corpo quando importar ofensa à integridade física da pessoa humana e admite a disponibilidade, no parágrafo único, sempre que autorizada em lei especial para fins de transplante. Como já observado no capítulo anterior, os limites impostos pela lei para a disposição do direito ao corpo são questionáveis e carecem de uma ampliação, o que justifica esta pesquisa.

Recorda-se que Roxana Borges enfatiza que os direitos da personalidade têm uma conotação de liberdade positiva. Neste sentido, o direito ao próprio corpo abrange tanto o direito de se defender dos atentados de terceiro quanto o direito de dispor de seu corpo por meio da autonomia privada e da autonomia jurídica individual.¹⁷⁴

É certo que há uma série de situações fáticas de disponibilidade de direitos personalíssimos que são consentidas pela sociedade. Observa-se, a título de exemplo, a disposição onerosa ou gratuita do próprio corpo, quando modelos, atores, apresentadores e artistas em geral, por força de contrato, obrigam-se a realizar alguma alteração no próprio corpo para fins profissionais.¹⁷⁵

Do mesmo modo, ocorre essa disposição em diversas outras situações, como lembra Roxana Borges:

Esses atos de disposição ocorrem, por exemplo, quando uma modelo contratada para figurar em comercial de Cosméticos à disposição do direito de imagem, obriga-se a tingir os cabelos conforme interesse do outro contratante anunciante, disposição do próprio corpo ou se obriga a manter por certo período, os cabelos tingidos. Da mesma forma, entendemos como legítimo exercício da autonomia privada, quando o ator ou apresentador do programa de TV se obriga, de forma onerosa ou gratuita, perante a pessoa para quem trabalha ou presta serviço, se submeter a cirurgia de lipoaspiração. Também entendemos possível que um cantor se obrigue contratualmente, perante uma empresa fonográfica, a colocar piercing em

¹⁷² Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

¹⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 140.

¹⁷⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 175.

¹⁷⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 186.

algun lugar do propio corpo ou a se submeter a realización de tatuagem. Assim como também se obriga validamente a atriz, que, como condição para assumir certo papel em filme ou novela, aceita se submeter a algum procedimento cirúrgico de finalidade estética, a própria custa ou a custa de outrem. É válido o contrato pelo qual, de forma principal ou acessória, o modelo se obriga a efetuar alguma modificação em sua dentição, como branqueamento, diminuição ou aumento do tamanho dos dentes ou colocação de aparelhos ortodônticos. Ou ainda, quando o modelo se obriga a depilar o corpo, cortar o cabelo, a fazer a barba.¹⁷⁶

A disponibilidade de direitos personalíssimos para situações laborais configura a aceitação social, política e legal da “venda” dos atributos mais caros do indivíduo. Note-se que quando o ser humano se submete a situações de insalubridade ou periculosidade na prestação de sua força de trabalho o que ocorre é uma disposição do direito à integridade física e psíquica, inclusive, com contraprestação patrimonial obrigatória, determinada por lei.

Elimar Szaniawski contribui com a temática ao citar que Pietro Perlingieri, em seu estudo sobre o tema, parte da análise do regramento constitucional, dando ênfase especial à proteção da integridade física dos empregados, alertando que o maior perigo nesta época de avanços tecnológicos, está, justamente, no aspecto psíquico da integridade de sua pessoa em relação às deformações que possam surgir. Para Pietro Perlingieri, o Estado social tem o maior interesse na integridade do indivíduo e na preservação de sua saúde, pois a redução ou a perda da capacidade laborativa da pessoa estão diretamente ligadas aos interesses gerais de natureza social.

O equilíbrio psíquico e a integridade física constituem matéria do direito à saúde e esta deve ser garantida pelo Poder Público, não somente no interesse do próprio indivíduo, mas também por razões sociais. A Constituição da Itália considera a pessoa natural como o valor primeiro, elevando, por isso, a tutela da personalidade a um princípio de ordem constitucional. Pietro Perlingieri afirma que o art. 32 da Constituição de 1947 evidencia o interesse social de tutela da saúde e não somente o aspecto individualíssimo do sujeito, decorrendo daí a possibilidade de o representante dos empregados demandar em juízo, exigindo do empresário que adote as medidas necessárias em relação à atividade para assegurar a preservação da integridade psicofísica do empregado.¹⁷⁷

¹⁷⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 186-187.

¹⁷⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 473.

A relevante doutrina de Pietro Perlingieri, citada Elimar Szaniawski, permite perceber que tais situações passam pelo crivo coletivo, adequando-se aos parâmetros de moralidade construídos socialmente. Entretanto, há atividades que, ainda que aceitas jurídica e socialmente, ainda suscitam questionamentos entre a doutrina. É o que se observa quanto à autolesão, haja vista que a sociedade brasileira é farta em exemplos socialmente admitidos, tolerados e, até mesmo, admirados, de pessoas e grupos culturais que praticam a autolesão como forma de realização da própria personalidade.¹⁷⁸

A prática de esportes de lutas violentas, de alta velocidade ou que expõem a pessoa a situações de clima inóspito em escaladas de montanhas ou precipícios podem exemplificar tal aceitação social, muito embora a vida e a integridade física sejam colocadas em risco. Convém recordar outras lesões, como as tatuagens em vasta superfície do corpo, a colocação de *piercing* e brincos em vários pontos da pele, a realização de cirurgias muito invasivas, com finalidade meramente estética ou, ainda, a submissão a experiências científicas e médicas ou testes de produtos farmacêuticos. Tem-se, também, o exemplo dos rituais de iniciação ao candomblé de cortes feitos no rosto, braços e cabeça dos iniciados, ou os suplícios, por razões religiosas.¹⁷⁹

Roxana Borges entende que todas essas manifestações são expressões da personalidade das pessoas e das mais variadas formas pelas quais elas concebem a própria dignidade, de modo que afetam exclusivamente o próprio agente. Configuram, portanto, práticas lícitas, protegidas pela autonomia jurídica individual em sentido amplo, decorrente do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁰ No mesmo sentido, a doutrina entende ser um direito da pessoa, que se insere dentro dos limites válidos de disponibilidade, exercer a autonomia livremente para optar por realizar a reprodução por meio de auxílio médico.

Nesse sentido é a lição de Roxana Borges:

Uma vez que grande parte da doutrina, principalmente os estudiosos do direito de família e até mesmo legislador do código civil de 2002, no que tange à reprodução assistida, no artigo 1597, V percebem a validade jurídica do

¹⁷⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 195.

¹⁷⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 195.

¹⁸⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 197.

consentimento das pessoas envolvidas em tais procedimentos, não se pode negar que todas essas práticas são manifestações da autonomia jurídica da pessoa.¹⁸¹

Constata-se que se admite uma certa disponibilidade do corpo humano, entretanto, para além da disponibilidade já assentida pela sociedade, há atos que configuram um direito à disposição do corpo, mas que não recebem o mesmo aval e que geram contradições na doutrina. É o que ocorre com a cessão do útero materno na, vulgarmente conhecida, barriga de aluguel.

Dentre as técnicas de reprodução assistida, destaca-se a gestação de substituição, por implicar maior e mais questionável ato de disposição do corpo humano. Esse procedimento de procriação se configura quando o óvulo fecundado *in vitro* é implantado em outra mulher que não idealizou o projeto parental, o que faz surgir a figura da mãe de suporte ou mãe hospedeira, que recebe o embrião alheio, comprometendo-se a entregar o bebê após seu nascimento.

O casal ou a pessoa, chamada de geratriz, que pretende se reproduzir, celebra um contrato com uma clínica médica de reprodução para que ela assista nas etapas do processo reprodutivo, contando com o auxílio de uma mulher que cede o útero para gestar a criança desejada, intitulada de gestatriz.

O óvulo da cedente do útero pode ser fecundado com o espermatozóide do membro masculino do casal contratante. Igualmente, é realizada a fecundação de óvulo da cedente do útero com o espermatozóide de doador anônimo. Mostra-se corriqueiro, na gestação de substituição, que ambos os gametas sejam oriundos de doadores anônimos, ou seja, nem do casal idealizador nem da cedente do útero. Em todas essas situações, verifica-se a disposição socialmente aceita do material genético das pessoas envolvidas na reprodução. Há a possibilidade, ainda, de ambos os gametas advirem do casal contratante. Desta forma, a cedente do útero contribui apenas com o processo gestacional, disponibilizando o órgão reprodutor para gerar a criança em substituição à mãe idealizadora do projeto parental.

Como observado, a realização da técnica de gestação de substituição pode se dar de maneira homóloga – isto é, com material genético do próprio casal que se submeteu à reprodução assistida – ou heteróloga, quando o material genético de um ou dos dois interessados na reprodução vem de uma terceira pessoa, doador(a)

¹⁸¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 221.

anônimo(a) ou da cedente de útero.

A reprodução heteróloga é parcial quando o sêmen ou o óvulo forem de terceira pessoa e, total, sempre que ambos os materiais advierem de doadores. Daí decorre o entendimento de Maria Helena Diniz, que afirma que a criança poderá ter “três pais e três mães, ou melhor, mãe e pai genéticos (os doadores do óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos” (a que o gestou em seu ventre e seu marido) “e a mãe e pai institucionais (os que a encomendaram à clínica)”.¹⁸²

Tais conclusões doutrinárias quanto à cessão de gestação advêm das problemáticas demandas que envolvem a doação do material genético, somadas ao uso do útero humano por quem não pretende assumir a prole, configurando a disposição do direito personalíssimo ao próprio corpo.

Adriana Caldas Maluf conclui que a cessão temporária de útero “envolve questões bastante delicadas acerca da determinação de questões atinentes à maternidade” e a “paternidade do novo ser gerado, gerando conflitos em relação aos papéis familiares além de conflitos bioéticos e religiosos”.¹⁸³

É a geração desses diversos conflitos que justifica esta pesquisa, haja vista não haver regramento específico sobre esta forma de reprodução na legislação civil brasileira. Hodiernamente, o tema é regulado unicamente pela Resolução nº 2.320/22¹⁸⁴, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece algumas limitações quanto à escolha da gestatriz.¹⁸⁵ Roxana Borges reconhece a autonomia privada das pessoas, para, inclusive, realizar negócios jurídicos com o objetivo de colaborar no procedimento de reprodução assistida, seja quando a mulher autoriza a intervenção médica para a retirada de um óvulo maduro para outra pessoa; quando ela autoriza a

¹⁸² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 470.

¹⁸³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 169.

¹⁸⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Código de Ética Médica. **Resolução nº 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Brasília, DF: CFM, 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 19 jan. 2023.

¹⁸⁵ Fala-se também em “genetrix”, para se referir àquela que forneceu o material genético, e “gestatrix”, para se referir à quem gestou a criança. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. **Civilistica.com**, ano 5, n. 1, p. 1-21, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/608/449>. Acesso em: 10 dez. 2022.

inseminação artificial em seu corpo; quando terceiros doam um material germinativo ou quando a mulher ou o casal contrata os serviços médicos com tais finalidades.¹⁸⁶

Diante da resolução médica, grande parte da doutrina, muito embora aceite a disposição de material genético para a heteroimplantação, nega a possibilidade de disposição do útero pela gestatrix quando ela não se adequa nos parâmetros estabelecidos na resolução do conselho médico, por exemplo, quando a cedente do útero não for pessoa da família do casal idealizador da filiação.

A questão divide opiniões. Recordar-se que enquanto em alguns países a prática é proibida (Alemanha, França, Itália, Portugal e Suécia), em outros o procedimento, além de ser permitido (Austrália, Espanha, Nova Zelândia e Bulgária), pode ser remunerado, por exemplo, na Índia, o que deu origem ao chamado “turismo da medicina reprodutiva”, por meio do qual casais estrangeiros pagam em média 7 mil dólares para contratar a utilização do útero de uma mulher.¹⁸⁷

Esta constatação leva à conclusão de que de fato há que se questionar sobre os limites dessa disponibilidade diante das inovações médicas e tecnológicas, sem, entretanto, deixar de garantir o direito à disponibilidade dos direitos personalíssimos. A pessoa humana é portadora de direitos que implicam o reconhecimento da titularidade sobre o próprio corpo.

Como visto nesta seção, a autonomia da pessoa deve ser respeitada pelo Estado e pelos particulares nas suas relações privadas, especialmente por configurar mais uma forma de manifestação efetiva da própria personalidade humana.

Assim, conclusivamente defende-se a hipótese de indisponibilidade dos direitos personalíssimos com relação a terceiros, ou seja, de fato tais direitos são invioláveis por qualquer pessoa que externamente tente afrontá-los, entretanto, entende-se que essa proibição não pode alcançar o próprio titular do direito, de modo que, para este último, a disponibilidade do direito ao corpo deve ser uma garantia sempre presente. No entanto, não se nega a imperiosa necessidade de se buscar a equilibrada equação para questão tão tormentosa. Se por um lado o titular do direito ao corpo pode dispor dele com melhor entender e essa disposição significa a concretização de princípios

¹⁸⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 213.

¹⁸⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Da vulnerabilidade do filho oriundo da reprodução humana assistida em decorrência da ausência de parentalidade responsável**. 2013. Tese (Pós-Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013.

constitucionais, de outro lado, não se pretende retirar do Estado a função fiscalizadora destas condutas, ainda que realizadas em sede contratual privada. Portanto, investigar-se-á, nas linhas seguintes, se o necessário equilíbrio pode ser encontrado em parâmetros estabelecidos, previamente, entre as partes, durante a celebração do negócio jurídico que se realiza entre os idealizadores do projeto parental e a gestante.

3 DIREITOS NEGOCIAIS: NEGÓCIO BIOJURÍDICO E A SUBSUNÇÃO DO FATO SOCIAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E METODOLÓGICOS

A sociedade contemporânea é marcada por questões complexas que enlaçam a esfera de tutela dos interesses do "ser", em aparente contraposição com a secular proteção em relação ao "ter". Há situações fáticas que relacionam os direitos personalíssimos com o conteúdo contratual do Código Civil, dois institutos jurídicos constituídos sobre parâmetros, aparentemente, diametralmente opostos.

Como visto na seção anterior, os direitos personalíssimos configuram uma província jurídica que enaltece a função de proteção do ser humano, baseada na cláusula geral de tutela encartada na Constituição Federal, e compõem o conjunto de atributos próprios do indivíduo, de modo que objetivam a defesa da pessoa contra atentados de outrem, sendo caracterizados como absolutos, inalienáveis e invioláveis. Já os direitos negociais, em seu percurso histórico, ficaram marcados pelo apego à tradição da tutela do patrimônio material em detrimento do ser humano. Tais direitos foram construídos sob um viés patrimonialista, de cunho individualista, baseado na autonomia da vontade.

A aparente distância entre os direitos existenciais e os negociais, leva, num raciocínio raso e imediatista, à conclusão de que eles poderiam ser incompatíveis e que sua aproximação, como tem ocorrido no mundo dos fatos, seria uma incongruência. O Código Civil prevê, por exemplo, a proibição de disposição de partes do corpo humano de forma lucrativa, todavia, novos procedimentos, como a disposição de material genético e a reprodução assistida, mesmo não sendo regulados pela legislação pátria, na prática, são objeto de celebração contratual.¹⁸⁸

Percebe-se, portanto, que ainda que distante do mandamento legal, no mundo dos fatos, os direitos da personalidade estão inseridos no contexto dos direitos negociais. Como se vê no exemplo citado, tem-se verificado a pessoa dispondo de seu corpo e essa disposição ocorrendo, muitas vezes, por meio de acordos celebrados à margem do crivo do Estado, sejam eles formais ou informais, realizados entre o

¹⁸⁸ PAVÃO, Juliana Carvalho; GOIS, Paula Barbosa de; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Negócios biojurídicos e seus limites. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 289-315, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/303/266> . Acesso em: 22 mar. 2021.

titular do direito ao corpo e uma outra pessoa, física ou jurídica. Estas negociações, que versam sobre assuntos essenciais e constitutivos da própria personalidade, acabam por expor as partes contratantes a vulnerabilidades, posto que nem sempre são consideradas válidas perante o ordenamento jurídico e, como consequência, não têm atingido os efeitos necessários e esperados pelas partes.

Tal problemática tem gerado grande divergência na doutrina acerca do conceito, da amplitude e da abrangência dessas negociações, que têm como objeto bens jurídicos existenciais.

Buscou-se, portanto, verticalizar a pesquisa, na intenção de instaurar o debate sobre o rigorismo e o cabimento ou não das proibições jurídicas atualmente existentes quando presente a tensão entre os direitos da personalidade e a autonomia corporal diante dos negócios biojurídicos.

Este ensaio pretende fazer um sobrevoo contextual sobre toda a teoria geral do negócio jurídico e seu rol de nascentes, principalmente sob a influência dos postulados do positivismo científico que sempre fora encabeçado pela prevalência da regra legal sobre as outras fontes, segregando os valores da interpretação dos fatos jurídicos.

Sob uma perspectiva crítica, almeja-se problematizar algumas das metáforas advindas da excessiva categorização conceitual como método de aplicação das normas jurídicas que promoveu o agravamento do distanciamento entre o discurso jurídico e realidade prática.

Nesta seção, iniciar-se-á enfrentando a problemática referente à teoria da subsunção do fato à norma de Pontes de Miranda e a possível adequação à norma jurídica de um negócio que tem como objeto um direito personalíssimo.

Quanto a esta temática inicial, não se pode distanciar da ilustração da distinção entre o mundo dos fatos e o do Direito. Recordar-se que a celebração de um contrato que verse sobre uma cessão de gestação não é fato totalmente regulado em lei, isto é, não há no arcabouço jurídico nacional qualquer lei federal ou estadual prevendo especificamente a utilização da técnica, tampouco delimitando limites. Assim, o tema é tratado unicamente por meio de Resolução do Conselho Federal de Medicina.¹⁸⁹

¹⁸⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Código de Ética Médica. **Resolução nº 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Brasília, DF:

Frente a essa realidade, a doutrina se apoia em restrições que disciplinam temas conexos para construir parâmetros de aplicação ou não dos casos concretos. Observa-se que as limitações legais e até a não completa regulamentação não têm sido suficientes para impedir que acordos dessa natureza sejam realizados, o que pode provocar, em relação ao Estado, situações de fraude à lei, e, em relação ao sujeito de direito, vulnerabilidades e incertezas jurídicas. Diversas situações têm sido objeto de apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos. Há registro de condenações decorrentes de acordos gestacionais realizados que expuseram os contratantes e, especialmente, as crianças a posições vulneráveis.¹⁹⁰

Nesses casos, quando as partes desta negociação forem brasileiras¹⁹¹, apresentar-se-á ao intérprete do direito nacional uma situação complexa, do mundo dos fatos, que pode gerar repercussão e efeitos não previstos no ordenamento jurídico e que passam a demandar soluções inovadoras e compatíveis com uma abordagem sistêmica e atualizada dos fundamentos do Direito. Situa-se, assim, esse caso atípico no plano dos negócios jurídicos, a fim de iniciar o estudo a partir da base sobre a qual foi construída toda a teoria geral dos fatos, atos e negócios jurídicos.

A hipótese aqui a ser verificada será construída sobre ampla revisão bibliográfica, que fornecerá um sistema de parâmetros que formarão o protocolo da pesquisa. Adentra-se-á na teoria geral do Direito Civil, especialmente no que se refere ao alcance conceitual do ato, do fato e do negócio jurídico para identificar se,

CFM, 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 19 jan. 2023.

¹⁹⁰ Recentemente a Itália foi condenada no caso Paradiso y Campanelli, por ter afastado um menino, nascido em decorrência de um acordo de gestação por substituição, firmado na Rússia, com uso de gametas cedidos do casal de italianos que desejou e promoveu o seu nascimento, ao mesmo tempo em que o encaminhou para a adoção, sob a justificativa de que seus pais genéticos eram desconhecidos. A França também foi condenada nos casos Mennesson e Labasse por ter violado o direito à vida privada e familiar, ao negar o reconhecimento da filiação de crianças nascidas nos Estados Unidos, em decorrência de gestação por substituição, embora filhas biológicas de cidadãos franceses. *In*: CERUTTI, Eliza. Gestação por substituição: o que o Brasil pode aprender com a experiência estrangeira. **RKL Advocacia**, 2017. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/gestacao-por-substituicao-o-que-o-brasil-pode-aprender-com-experiencia-estrangeira/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

¹⁹¹ "A jornalista Kelly Lisiane Muller foi à Kiev, junto do marido, para buscar a filha que nasceu no dia 27 de janeiro deste ano, que foi gerada por reprodução assistida. Segundo ela, um grupo de brasileiros estão abrigados em um espaço que tem apenas um banheiro, nenhum fogão, uma cafeteira com pó de café que pode durar até um dia e algumas camas improvisadas". *In*: MOREIRA, Rafaela. Entenda por que casais brasileiros vão até a Ucrânia para buscarem filhos gerados em barrigas de aluguel. **G1**, 26 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2022/02/26/por-que-casais-estrangeiros-vaio-ate-a-ucrania-para-buscar-filhos-gerados-em-barrigas-de-aluguel-entenda.ghtml>. Acesso em: 4 fev. 2022.

efetivamente, carece de adequação de suas categorias teóricas ao paradigma hodierno, especialmente quando se comunicarem com os direitos personalíssimos, a ponto de primar pela realização da pessoa, principalmente quando da solução de conflitos oriundos de relações não previstas legalmente como fatos jurídicos.

Sabe-se que os fatos, em acepção ampla, são os acontecimentos que ocorrem no mundo fático. Esses acontecimentos, quando relevantes para o Direito, passam a integrar a categoria de fatos jurídicos. Isso significa que para que um acontecimento qualquer venha a se tornar um “fato jurídico” é necessário que as normas lhe atribuam consequências jurídicas. Quando o fato advém da vontade humana, a doutrina o divide em duas espécies, os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos, sendo estes últimos objeto de observação mais detida nesta seção.

A doutrina clássica aponta o fato jurídico ora como sendo aquele que implicaria naquilo que faz o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica, ora como sendo aquele sobre o qual incide uma norma, podendo decorrer efeitos no momento imediato, no momento futuro ou, ainda, nunca ocorrer qualquer efeito jurídico. Entretanto, tais conceitos acabam por se mostrar insuficientes para alcançar e justificar a situação dos novos direitos que não estejam previstos e regulados em lei, salvo pela aceitação da premissa de aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, pois sem a positivação do direito como pensar em efetivação de um direito personalíssimo que não tivesse sido abarcado no rol do Código Civil, por exemplo?

Posto que quando há uma situação fática não inteiramente regulada pela norma, como ocorre com o contrato de cessão de gestação ou a efetivação de um novo direito personalíssimo, em tese, essa situação nova não ingressaria no ordenamento jurídico por meio da teoria dos fatos jurídicos.

Tais fatos sociais não seriam considerados fatos “jurídicos” e, por conseguinte, não seriam atos válidos, assim como poderiam não produzir efeitos jurídicos. Desta forma, em regra, se o fato social não corresponde a um direito subjetivo regulado no ordenamento jurídico não haveria que se falar em existência ou validade, tampouco na produção de efeitos jurídicos, tendo em vista que para que um fato produza efeitos no mundo jurídico haveria a necessidade de sua pré-existência no sistema normativo. Aqui se encontra a grande falácia desta teoria em relação aos direitos personalíssimos, haja vista que a ausência de uma lei ou teoria geral que leve em conta a nova realidade não pode impedir que se proceda ao amparo jurídico das novas

situações e que se crie um regulamento próprio apto a satisfazer as novas necessidades sociais.

Diante desta problemática, apoiando-se na doutrina de diversos autores tradicionais, como Jose Abreu Filho, Marcos Bernardes de Mello, Antonio Junqueira e Tereza Negreiros, buscar-se-á identificar novos caminhos para o ingresso de novos direitos pela porta da legislação civil, bem como um espaço de adequação a possíveis novos tipos contratuais, como é o caso do acordo de cessão de gestação.

Para além desse primeiro aspecto a ser estudado, esta seção não escapa à análise de uma segunda questão a ser desenvolvida. Sabe-se que a jurisprudência e a doutrina clássica afirmam que o direito contratual não se apresenta como um instrumento adequado para regular todas as situações jurídicas existenciais, tendo em vista ser um instituto criado para versar sobre o exercício de autonomia das pessoas em questões meramente patrimoniais. Entretanto, uma corrente doutrinária mais moderna afirma que essa possibilidade existe por meio dos chamados contratos existenciais.

Tais contratos, necessariamente, envolvem o valor da personalidade e da dignidade, externados por meio de interesses existenciais. Por certo que, por sua particularidade e complexidade, merecem regime normativo distinto do aplicado aos contratos patrimoniais.

Buscar-se revisar o conceito fundamental de contrato existencial, seus contornos e suas limitações, a fim de incitar nos estudiosos da temática à crítica acerca da necessidade de reconstrução da teoria do negócio jurídico bilateral que privilegie a prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais e a tutela dos direitos da personalidade, especialmente do direito ao próprio corpo.

Acerca desta temática, desenvolver-se-á ações investigativas baseadas no procedimento histórico, com levantamento da trajetória social que influenciou na construção da teoria contratual clássica, especialmente a de Antonio Junqueira de Azevedo, até chegar às conjecturas mais modernas defendidas por Paulo Nalin, Luiz Edson Fachin, entre outros juristas, para, por meio de uma visão prospectiva, traçar uma possível leitura de cenários futuros que melhor acomodem a possibilidade de realização válida e eficaz de negócios jurídicos que tenham como objeto um bem extrapatrimonial.

Preliminarmente, ocupa-se no próximo item da imprescindível investigação acerca dos contornos da manifestação de vontade de natureza biojurídica, que invade o cenário das situações fáticas atuais.

3.2 FATO SOCIAL: AS MANIFESTAÇÕES DE VONTADE BIOJURÍDICAS

Este trabalho de pesquisa transita entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico. Parte-se da observação dos fatos sociais para verificar a adequação da realidade do caso concreto no universo abstratamente considerado no Direito nacional e a relação que se estabelece entre estes dois mundos no que tange aos negócios biojurídicos.

Marcos Bernardes de Mello afirma que o homem sozinho não necessita do Direito. Somente quando o homem se vê diante de outro homem e da comunidade é que exsurge a indispensabilidade das normas jurídica, diante da indefectíveis possibilidade dos entrecosques de interesses que conduzem a inevitáveis conflitos.¹⁹² Ressalta-se, na fala do autor, a relevância da função que o Direito exerce às pessoas, regulando e ordenando a conduta humana diante das diversas relações jurídicas que se formam no contexto social.

Custódio de Piedade Ubaldino ensina que o Direito se propõe a exercer a disciplina das relações da vida social e que a todo momento as pessoas estão estabelecendo essas relações no cotidiano da vida em sociedade.¹⁹³ Essa função tem se evidenciado diante das novas tecnologias e de suas implicações em novos direitos.

Sabe-se que os avanços das tecnologias, aplicados às Ciências Biológicas, possibilitaram que as pessoas estabelecessem vínculos por meio de relações que nem eram imaginadas no passado. Essas relações podem ou não, como se verá neste trabalho, serem compreendidas como negócios biojurídicos.

Preliminarmente, cabe esclarecer que ao utilizar, nesta pesquisa, a expressão negócio biojurídico, quer-se, com o prefixo “bio”, referir-se às manifestações de vontade que versam sobre a vida humana e que têm reflexos no campo do direito das pessoas. Tais manifestações podem ser entendidas como aquelas que têm como objeto de disposição o próprio ser humano, sua saúde ou partes do corpo, podendo envolver tanto o estado físico como o psíquico do ser.

¹⁹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

¹⁹³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 17.

As ilustrações desse tipo de manifestação são a disposição de material genético, como o contrato de armazenamento do sangue das células-tronco do cordão umbilical¹⁹⁴ ou de células reprodutivas, como o sêmen e o óvulo¹⁹⁵, a esterilização¹⁹⁶, a participação em pesquisas e experimentos médicos ou farmacêuticos envolvendo a pessoa humana¹⁹⁷, a disposição de partes do corpo para transplante¹⁹⁸, a

¹⁹⁴ As células extraídas do cordão umbilical podem ser armazenadas em bancos de material genético por meio de um contrato que o depositante do material genético faz com uma clínica médica especializada. Segundo Pereira, as células-troncos são definidas por sua alta capacidade de divisão, proliferação e auto-renovação podendo se diferenciar em células maduras e funcionais dos tecidos que respondem a estímulos externos e dão origem a diferentes linhagens celulares mais especializadas. As células-tronco são classificadas como em embrionárias e adultas, sendo que as células-tronco são obtidas de fetos, recém-nascidos e adultos. *In*: PEREIRA, Lygia da Veiga. A importância do uso das células tronco para a saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 13, n. 1, p. 7-14, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/Jxx3B5stXPw4L9t5LVrxszq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 fev. 2022.

¹⁹⁵ Em um tratamento de Reprodução Assistida a doação de óvulos é o processo no qual uma mulher fértil permite que seus óvulos sejam coletados após estimulação ovariana, e que sejam utilizados para que outra mulher, infértil, denominada receptora, possa engravidar [...]. A utilização de óvulos de doadoras é uma opção clinicamente viável para mulheres que não possuem óvulos adequados para a obtenção de uma gestação saudável e a termo. *In*: GUIMARÃES, Fernando Marques. Doação de óvulos no Brasil: regulamentações e legislações. **Percursos Acadêmicos**, Belo Horizonte, v. 8, n. 18, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/17603>. Acesso em: 26 nov. 2022.

¹⁹⁶ A contratação de um serviço médico especializado pode ter como objeto a realização de uma esterilização. Conforme esclarece Juliana Amato, a esterilização funciona evitando o encontro do óvulo e do espermatozoide. Na esterilização feminina (oclusão tubária/laqueadura) isto é feito por corte, selagem ou bloqueio das trompas de falópio que carregam um óvulo do ovário para o útero (ventre). Na esterilização masculina (vasectomia), isso é feito por corte e selagem ou amarrando o canal deferente (o tubo que transporta o espermatozoide para o pênis). Isso é chamado de vasectomia. *In*: AMATO, Juliana. Esterilização masculina e feminina (laqueadura/vasectomia). **Fertilidade.org**, 2020. Disponível em: <https://fertilidade.org/esterilizacao-masculina-e-feminina-laqueadura-vasectomia/>. Acesso em: 17 nov. 2022.

¹⁹⁷ A pesquisa médico-farmacológica clínica corresponde à aplicação, em caráter experimental, de determinada droga cujas ações se quer estudar, em seres humanos, de forma controlada. O controle da aplicação visa proteger os pacientes sujeitos do ensaio clínico tanto de efeitos adversos inaceitáveis quanto de ineficiência do medicamento testado diante de outras possibilidades claramente mais eficientes, podendo o processo de pesquisa ser interrompido a qualquer momento se for detectada, por meio de resultados parciais, a sua inadequação. Tal controle exige acompanhamento permanente e estreito de supervisores externos e isentos. *In*: SOUZA, Ricardo Pires de *et al.* Conflitos de interesses na pesquisa médico-farmacológica. **Revista Bioética**, v. 21, n. 2, p. 237-240, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/rvtFG3YKLtyFWJkHTqRLmSN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 fev. 2022.

¹⁹⁸ Para Ana Claudia Pirajá Bandeira o transplante é um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa doente – receptor – por outro órgão normal de um doador, morto ou vivo. É um tratamento que pode prolongar a vida com melhor qualidade, ou seja, é uma forma de substituir um problema de saúde incontrolável por outro sobre o qual se tem controle. *In*: BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 28.

prostituição¹⁹⁹, a realização de tatuagens²⁰⁰, a determinação de diretivas de última vontade acerca da escolha sobre o tratamento no fim da vida ou doença grave²⁰¹, a prestação de serviço de reprodução humana²⁰² ou que a envolva, incluindo a

¹⁹⁹ As prostitutas diferenciavam as práticas sexuais com os clientes e com os não-clientes, as quais são agenciadas pelo corpo. Ou seja, no corpo está colocado aquilo que a prostituta permite ou não durante as relações sexuais com seus clientes. Dessa forma, na maioria das vezes, as práticas entendidas por elas como práticas afetivas são sinônimos de “quebra do contrato” com os homens. *In*: GASPARG, Maria D. **Garotas de programa: prostituição em Copacabana e identidade social**. 3. ed. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1984. p. 112.

²⁰⁰ *Body modification*, ato considerado como desenvolvimento da personalidade, e os limites legais dos atos de disposição do próprio corpo. *In*: BARBOSA, Ewermeson Joabe de Melo Ribeiro. A (im)pertinência de normatização constitucional acerca do princípio da ampla disposição do próprio corpo: body modification. **Revista de Direito UNIFACEX**, v. 8, n. 1/2, p. 14-33, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifacex.com.br/direito/article/view/863>. Acesso em: 30 jan. 2023.

²⁰¹ Rodrigo Róger Saldanha afirma que quando se discute sobre diretivas antecipadas de vontade, estamos em verdade falando tanto de testamento vital quanto de mandato duradouro, uma vez que diretivas antecipadas é gênero. No que diz respeito à pesquisa, sobre a falibilidade do testamento vital, seria muito mais difícil e complexo a constatação de falha no mandato duradouro, uma vez que a manifestação de vontade é para que o outorga-do/procurador de saúde possa tomar as decisões, independente qual seja esta decisão. *In*: SALDANHA, Rodrigo Róger. **Testamento vital: aspectos controversos e a autonomia do enfermo**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 67.

²⁰² Pessoas que apresentam alguma dificuldade para reproduzirem-se pelo método natural podem contratar clínicas médicas especializadas em reprodução humana para auxiliarem neste processo. Karla Caetano Oslania de Fátima afirmam que a reprodução humana assistida é definida como uma técnica usada no tratamento de infertilidade conjugal, na qual envolve a manipulação de pelo menos um dos gametas. A reprodução humana assistida pode ser dividida em várias técnicas, porém as principais são: inseminação artificial (IIU), fertilização in vitro (FIV), injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICIS) e a transferência de embriões congelados (TEC). *In*: SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. **Saúde & Ciência em Ação**, v. 2, n. 1, p. 26-37, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182/139>. Acesso em: 4 fev. 2022.

criopreservação de óvulos e espermatozoides²⁰³, o diagnóstico genético pré-implantacional²⁰⁴ e todas as técnicas gestacionais²⁰⁵, como a cessão de gestação.²⁰⁶

Nos exemplos citados, verifica-se que o detentor do direito personalíssimo ao corpo humano realiza a disposição parcial de seu direito por meio de um acordo com uma outra pessoa, física ou jurídica, a fim de atender a uma vontade e/ou a um interesse particular. A abrangência dos casos concretos não permite que se verticalize esta pesquisa no sentido de abarcar todas as situações exemplificadas. Com o fito de evitar que, pela abordagem ampla, incorra-se no risco da superficialidade, concentra-se, nesta pesquisa, na análise de apenas um destes exemplos, qual seja, a cessão de gestação.

Aplicar-se-á, como método de verificação e testagem, as hipóteses de pesquisa inicialmente levantadas para deduzir se adequadas ou não ao caso. Pretende-se, desta forma, apenas iniciar a investigação, que poderá ser alargada, no futuro, a fim de alcançar casos concretos que sejam compatíveis com os mesmos parâmetros metodológicos adotados para o caso em questão.

²⁰³ Criopreservação é o resfriamento de células e tecidos abaixo de 100°. O objetivo do procedimento é interromper as respectivas atividades biológicas, preservando-os para o uso futuro. *In*: FERREIRA, Marcelo Costa. Congelamento de óvulos: tudo o que você precisa saber! **Fecondare**, 2021. Disponível em: <https://fecondare.com.br/artigos/congelamento-de-ovulos-tudo-o-que-voce-precisasaber/#:~:text=Criopreserva%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20o%20resfriamento%20de,o%C3%B3cito%20congelado%20nasceu%20em%201986>). Acesso em: 17 nov. 2022.

²⁰⁴ As clínicas de reprodução humana ao serem contratadas para auxiliarem no processo reprodutivo do paciente podem realizar, se houver indicação médica, o diagnóstico genético pré-implantacional do embrião. Renata da Rocha pontua que tal engenharia refere-se a um conjunto de técnicas pelas quais os cientistas podem modificar o genoma humano de uma célula viva. Com o diagnóstico genético pré-implantacional, associado à fertilização in vitro, consegue-se manipular a carga hereditária da espécie humana. *In*: ROCHA, Renata. **O direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²⁰⁵ As Técnicas de Reprodução Assistida são diversas. No Manual de Orientação de Reprodução Humana estão dispostas as seguintes técnicas: fertilização in vitro convencional, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, transferência intratubária de gameta ou zigoto, doação de óvulos e criopreservação de embriões e gametas. *In*: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA (FEBRASGO). Comissão Nacional Especializada em Reprodução Humana. **Reprodução Humana: Manual de Orientação**, 2011. Disponível em: https://www.febrasgo.org.br/images/arquivos/manuais/Manuais_Novos/Manual_de_Reproducao_-Humana.pdf. Acesso em: 1 set. 2020.

²⁰⁶ Flaviana Rampazzo Soares corrobora e ainda acrescenta mais exemplos ao esclarecer que "permite-se: a participação de seres humanos em pesquisas de tratamentos ou diagnósticos regulada mediante negócio jurídico; o ajuste entre um casal, que trate da condução, da preservação e do destino de seu material genético; a doação de material prestação de serviços médicos para esterilização humana, para redesignação sexual, para a realização de cirurgias plásticas estéticas ou as reparadoras, para aplicação de técnicas de reprodução humana assistida; o contrato de prestação de serviços de análises clínicas diagnósticas, inclusive de diagnose genética; a doação de sangue." *In*: SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 83.

A técnica gestacional substitutiva é uma forma de reprodução humana medicamente assistida, por meio da qual é celebrado um acordo entre a mãe idealizadora do projeto parental e a mulher que hospeda um embrião humano em seu útero, com a finalidade de gestá-lo e entregá-lo, após seu nascimento, aos pais²⁰⁷. Percebe-se que, na situação fática envolvendo este tipo de reprodução humana, os direitos personalíssimos de todas as partes envolvidas são disponibilizados, em alguma medida.

Os pais, que planejaram a filiação, confiam o direito personalíssimo à reprodução deles a terceiras pessoas, de modo que o sucesso ou o insucesso do procedimento de auxílio médico, em grande parte, decorrerá da conduta da gestante, que suportará o processo gestacional e gerará em seu corpo a prole alheia, além da atuação diligente e acertada da clínica médica contratada. A gestante, por sua vez, dispõe de seu próprio corpo, especialmente do órgão reprodutivo (útero), para realizar o projeto parental de outras pessoas. A criança que será gestada tem os seus direitos à vida, à constituição de vínculos de parentalidade e à origem genética expostos aos acordos dos envolvidos, assim como aos desígnios legais nacionais, e até internacionais, que regulem tal temática.²⁰⁸

Enfatiza-se que tais acordos, por versarem sobre direitos personalíssimos, demandam cautela e parcimônia quanto a sua forma e aos limites de disposição, como

²⁰⁷ A maternidade de substituição é uma das técnicas de RHA que vem ganhando cada vez mais espaço, não só porque o seu custo vem se apresentando mais acessível, como também, há uma oferta cada vez maior de mulheres que desejam (voluntariamente ou apenas por interesse econômico) gestar por outrem. Essa técnica consiste na contratação, gratuita ou onerosa, de uma mulher para levar a termo uma gestão por outra pessoa que não pode ou não quer gestar, ficando as restrições de utilização e acesso a critério da regulamentação de cada país. *In*: RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico. Bebê globalizado: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 46, p. 249-270, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/23376/17466>. Acesso em: 1 out. 2021.

²⁰⁸ Se o procedimento for feito fora do Brasil, as partes envolvidas estarão sujeitas as diversas situações de vulnerabilidade. Neste sentido, o problema surge quando se busca compreender como os diferentes ordenamentos jurídicos percebem este fenômeno e os limites que lhe são dados. Isto quer dizer que, em várias ocasiões, famílias são levadas a acreditar que a busca da efetivação daquilo que entendem ser um direito (eventualmente assegurado em seu Direito nacional) passa pela celebração de um negócio internacional para a prestação de um 'serviço' não disponível em seu ordenamento de origem. Países, como o Brasil, que limitam a maternidade por substituição (de forma mais ou menos abrangente) são percebidos, então, como refratários a este tipo de serviço; outros, contudo, perceberam neste nicho a possibilidade de implementação de uma nova fonte de divisas em um competitivo novo mercado internacional. Daí porque já se fala em turismo reprodutivo e proliferam empresas especializadas na oferta de pacotes com essa finalidade. *In*: RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico. Bebê globalizado: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 46, p. 249-270, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/23376/17466>. Acesso em: 1 out. 2021.

já analisado na seção anterior deste trabalho. Por isso, a técnica denota mais atenção que as outras diversas formas de reprodução adotadas nas clínicas médicas, haja vista que sua aplicação pode apresentar possíveis consequências sociais desafiadoras e conflitantes que quando levadas ao escrutínio da comunidade jurídica podem demandar soluções inovadoras do Poder Judiciário. A biotecnologia aplicada nesta técnica gestacional culmina e tem como pressuposto a realização de um acordo de vontades entre a clínica e os idealizadores do projeto de filiação e, posteriormente, com a futura gestante. Decorre disso a suposição inicial de se tratar de um negócio.

Os desafios levantados pela inovação na forma de reprodução assistida, que tem sido disponibilizada à sociedade por meio dos avanços médicos e tecnológicos, têm provocado a necessidade de a comunidade jurídica pensar em soluções que sejam compatíveis com uma abordagem sistêmica e atualizada dos fundamentos do Direito para, assim, minimizar demandas conflitivas no âmbito social.

Diante deste cenário, a problemática que se apresenta é a de observar se a declaração de vontade das partes envolvidas na técnica de gestação de substituição, por envolver a disponibilidade do direito personalíssimo ao corpo humano, pode, em conformidade com a lei e a doutrina nacional vigente, ser interpretada e aceita pelo ordenamento nacional como um negócio jurídico. Caso positivo, torna-se necessário avaliar quais as consequências que adviriam às partes acordantes diante da possível juridicidade ou não desta manifestação volitiva.

O questionamento se levanta a partir da observação do tratamento jurídico dado pelo próprio Estado a esses acordos em outros países que aceitam a contratação de barriga de aluguel, enquanto no Brasil a prática apresenta limites mais restritivos, ocasionando, assim, um turismo reprodutivo²⁰⁹, haja vista que muitos casais brasileiros decidem se expor ao risco de realizar o procedimento fora do Brasil quando não atendem aos requisitos previstos nacionalmente.

No Brasil o tema é tratado somente por meio de resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), não havendo lei específica regulando o tema. O acordo celebrado entre a mãe e a gestante, em regra, não é considerado um negócio jurídico, tendo em

²⁰⁹ Pelo menos três casais brasileiros estiveram na Índia no ano passado para ter bebês com barriga de aluguel. O piloto Carlos e sua mulher, Elisabeth, de 39 anos, de Campinas (nomes trocados), buscaram sua filha em novembro. Eles fizeram duas tentativas de inseminação artificial na Clínica Akanksha. *In*: CASAIS brasileiros recorrem à Índia para cessão temporária de útero. **Fertility Medical Group**, 2013. Disponível em: <https://fertility.com.br/noticias/casais-brasileiros-recorrem-a-india-para-cessao-temporaria-de-uterio/>. Acesso em: 5 jan. 2023.

vista que, por ter como objeto um direito personalíssimo, não se adequaria exatamente ao suporte fático existente no ordenamento jurídico nacional.

Ocorre, entretanto, que mesmo em se tratando de uma situação não amplamente regulada em lei, ela tem sido comumente celebrada à margem do crivo do Poder Judiciário e do Estado, inclusive em desconformidade com os mandamentos do Conselho Federal de Medicina. Significa dizer que a proibição legal e os limites impostos na resolução não têm impedido que o acordo aconteça entre as partes, expondo-as a vulnerabilidades e incongruências²¹⁰ do fato concreto com a regulação legislativa, bem como a diversas situações conflitivas.²¹¹

Diante da realidade social a celebração de acordos entre a mãe e a gestante se apresenta como um fato social de repercussão complexa, que gera a discussão

²¹⁰ Veja-se a situação da licença paternidade que a cessão de gestação pode ensejar. Recente acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais tratou do tema ao analisar caso de casal homoafetivo no qual o servidor público estadual solicitou licença paternidade estendida em equiparação temporal à licença maternidade. Sendo a decisão judicial no seguinte sentido: “ Os preceitos constitucionais de igualdade perante a lei, vedação à discriminação, dignidade da pessoa humana, sadia convivência familiar, direito da criança e direito ao trabalho, somados à documentação constante dos autos que comprova a Gestação de Substituição ou cessão temporária do útero para casal homoafetivo, autorizam a confirmação da sentença que concedeu a segurança para garantir ao impetrante o gozo de licença-paternidade estendida, nos moldes da licença-maternidade assegurada às servidoras públicas estaduais”. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Remessa Necessária – Cv nº 1.0000.20.586948-0/001**. Relator: Des.(a) Moacyr Lobato, 2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=cess%E3o%20%FAtero&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 8 fev. 2023.

²¹¹ Sobre as consequências da cessão de gestação que impactam e refletem-se por todo o sistema jurídico há que se observar a forma de registro da criança nascida de gestante que é cessionária de útero. Recente alteração facilitou o procedimento que até 2017 só podia ser feito por ordem judicial. O art 17,II, do Provimento Nº 63 de 14/11/2017 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que a declaração de nascido vivo (DNV) que normalmente é feita no hospital em nome da parturiente, já vai poder ser feita em nome de quem almejou o projeto parental, de modo que o nome da gestante não vai constar no registro, assim como na certidão de nascimento não constarão que a criança foi gerada por técnica de reprodução assistida. Com tal documento, os idealizadores da filiação podem ir direto ao cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e registrar o filho, sem necessidade de intervenção judicial. Nestes termos: Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:I – declaração de nascido vivo (DNV);II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal. In: BRASIL. Conselho Nacional De Justiça (CNJ). **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 1 fev. 2023.

sobre em que medida pode ou não tal fato repercutir na esfera jurídica e gerar efeitos jurídicos.

A repercussão na esfera jurídica das pessoas envolvidas nesta situação concreta justifica a verticalização da temática objeto desta pesquisa, tendo em vista que, conforme inicialmente informado por Custódio de Piedade Ubaldino Miranda, se o Direito se propõe a exercer a disciplina das relações da vida social²¹², mostra-se imprescindível atentar para a inércia legislativa e seus efeitos jurídicos diante da exposição à vulnerabilidade social das partes. Sendo o Direito uma ciência que objetiva regular as relações humanas conflitivas e garantir os mandamentos constitucionais, especialmente voltados à proteção da dignidade humana, não pode ele se abster de abarcar e proteger as partes envolvidas, sendo essa a justificativa para a presente pesquisa.

Toda a construção que se pretende sustentar nesta pesquisa tem como base a compressão da natureza jurídica da manifestação de vontade e da observação de sua possibilidade jurídica diante dos critérios de existência, validade e eficácia que o arcabouço legislativo nacional estabelece. Para tanto, faz-se necessário iniciar esse caminho pela análise da gênese do fato jurídico até chegar aos critérios legais estabelecidos na contemporaneidade. Assim, o próximo tópico cuidará de apresentar uma visão geral sobre a teoria da subsunção do fato à norma e como se dá a adequação do fato social, como o ato de acordo na cessão de gestação, à norma jurídica, teoria tão solidamente edificada na dogmática jurídica nacional.

3.3 FATO JURÍDICO: A SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA

Iniciar-se-á este tópico, de maneira abrangente, concentrando-se nos elementos conceituais do fato social, para, posterior e gradativamente, passar a afunilar os conceitos de fato jurídico e de negócio jurídico e como eles se interrelacionam com o direito positivado para, depois, verificar o caso específico da técnica gestacional.

Para a verificação do enquadramento da manifestação de vontade que envolve direitos personalíssimos, como negócios ou não, há que se observar neste trabalho hermenêutico a teoria da subsunção do fato à norma, abordada por Pontes de

²¹² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 17.

Miranda²¹³, e suas implicações atuais, no que tange à problemática que envolve a manifestação de vontade biojurídica, mais especificamente, a de cessão de gestação.

Essa metodologia inicial centrípeta se faz necessária porque o negócio jurídico é classe de fatos jurídico. Portanto, para se chegar ao objeto de observação principal acerca do negócio jurídico, preliminarmente, tem-se que observar as afirmações doutrinárias de parâmetro mais extensivo no que tange ao conceito e à abrangência do fato jurídico.

Em outras palavras, o negócio se coloca debaixo da rubrica mais ampla do fato jurídico.²¹⁴ Em razão disso convém regressar à origem desta temática e focar, preâmbularmente, no conceito de fato, para observar como se dá o ingresso dele, seja ele negócio ou não, no universo jurídico, a partir da visão de Pontes de Miranda.²¹⁵ Para tanto, mostra-se importante, neste momento, retomar a ilustração da distinção entre dois “mundos”: o dos fatos e o do Direito.

Os fatos, em acepção global e genérica, são os acontecimentos que ocorrem no mundo concreto, em um contexto social nas relações humanas. Observa-se que nem todos os fatos que acontecem socialmente são considerados pela doutrina como fatos jurídicos, mas tão somente aqueles que são valorados pelas normas jurídicas como relevantes para o relacionamento inter-humano.²¹⁶

Marcos Bernardes de Mello, ao citar Pontes de Miranda, explica que a passagem do fato que se concretiza no contexto social para o campo jurídico requer o preenchimento de um requisito específico, qual seja, a preexistência de uma previsão abstrata dele na norma. Afirma o autor que o fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica.²¹⁷

²¹³ O fato jurídico provém do mundo fáctico, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. *In*: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 183.

²¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 20.

²¹⁵ Os sistemas jurídicos não são concebidos como se as pessoas pudessem dar entrada no mundo jurídico a quaisquer fatos, ainda atos humanos, fazendo-os jurídicos. Em verdade, ainda que amplamente, o direito limita a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados. Mundo fáctico e mundo jurídico não são coextensivos. Noutros termos: somente dentro de limites pré-fixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. A chamada "autonomia da vontade", o auto-regramento, não é mais do que "o que ficou às pessoas". Há situações que predeterminam relações jurídicas, sem que as pessoas possam evitá-las, ou modificá-las. *In*: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 56.

²¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 7.

²¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 89.

Essa prévia estipulação legal, que antecipa na norma o fato que pode ocorrer na realidade social, é chamada por Emilio Betti de *fatispécie*.²¹⁸ Antonio Junqueira de Azevedo a identifica como sendo o suporte fático que, no negócio jurídico, é tido como fato jurídico abstrato.²¹⁹

Custódio da Piedade Ubaldino Miranda entende que fato jurídico seria todo evento juridicamente relevante.²²⁰ Todo e qualquer fato, quer seja um acontecimento natural, quer uma ação humana, desde que repercuta no mundo do direito, considera-se fato jurídico. Pode-se, assim, dizer que esses acontecimentos, quando relevantes para o direito, passam a integrar a categoria de fatos jurídicos. Desta forma, conforme Custódio Miranda, um mesmo fato pode ser jurídico ou não, conforme gere ou não efeitos de direito.²²¹ Significa que para que um acontecimento qualquer venha a se tornar um “fato jurídico” é necessário que as normas lhe atribuam consequências jurídicas, ou seja, que ele gere efeitos de direito, repercutindo em relações jurídicas, direitos, deveres etc. Assim, esclarece o autor que um mesmo fato pode ser jurídico ou não, de acordo com as circunstâncias e se, nos termos do ordenamento considerado, desencadeará ou não consequências jurídicas.²²²

Nesse sentido, afirma que os fatos devem incidir sobre a previsão normativa:

A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida. Há o fato de legislar, que é editar a regra jurídica; há o fato de existir, despregada

²¹⁸ A nova situação jurídica estabelecida pela norma, não se produz, enquanto se não verificar, inteiramente a hipótese de facto, a *fatispécie*, que é o seu pressuposto. *In*: BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 23.

²¹⁹ O negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido, ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto. Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (as vezes dita “suporte fático”), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é pois, a hipótese normativa consistente em declaração de vontade (entendida esta expressão em sentido preciso, e não, comum, isto é, entendida esta expressão como manifestação de vontade que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). Ser declaração de vontade é a sua característica específica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela efeitos constitutivos de direito, - e esta é a sua característica específica secundária. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 20.

²²⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 17.

²²¹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 18.

²²² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 18.

do legislador, a regra jurídica; há o fato de incidir, sempre que ocorra o que ela prevê e regula.²²³

A lição de Custódio Miranda conduz à importante constatação. Se um mesmo fato pode ser jurídico ou não, conforme gere ou não efeitos de direito, logo se vê que a juridicidade do fato não é algo que diga respeito a sua natureza intrínseca.²²⁴ Isso significa que sua juridicidade advém de uma recepção antecedente do fato no arcabouço jurídico nacional, caracterizando a necessária subsunção do fato à norma legal, conforme anunciado por Pontes de Miranda.²²⁵

Marcos Bernardes de Mello, em entendimento coincidente, enfatiza que somente o fato que esteja regulado pela norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato gerador de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico, porque somente este pode ter algum efeito vinculante da conduta humana. Assim, pode-se afirmar assertivamente que o plano em que atua o direito está sobreposto àquele em que vive a realidade social.²²⁶

Quando o fato advém de um comportamento humano, conforme esclarece Custódio de Miranda, o critério para se saber se ele é ou não um fato jurídico é o mesmo; a ação humana não será fato jurídico em razão de alguma particularidade intrínseca, mas em decorrência de uma circunstância que lhe é exterior, isto é, da aptidão, em razão do que se estabelecer no ordenamento jurídico para gerar efeitos de direito.²²⁷

Neste mesmo sentido, Emilio Betti acrescenta que "a valoração de um facto como facto jurídico exprime-se, precisamente, ao pôr em relação com a situação

²²³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 18.

²²⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 18.

²²⁵ O fato jurídico provém do mundo fáctico, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. A entrada no mundo do direito, seleccionam-se os fatos que entram. E o mesmo dizer-se que a soma dos elementos do que, no mundo fáctico, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fáctico de regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fáctico da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica discrimina o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. Donde o cuidado que se há de ter na determinação do suporte fáctico de cada regra jurídica. In: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 183.

²²⁶ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 2. p. 22.

²²⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 18.

prevista”, sobre a qual “ele incide (fatispécie), uma situação jurídica nova, que se reporta à pré-existente e é um desenvolvimento dela”.²²⁸

Não resta dúvida de que tais autores corroboram com a teoria de Pontes de Miranda ao concordar que existe a necessidade de o fato social ter um correspondente prévio na norma jurídica que o legitima e reconhece.²²⁹ Portanto, diante dos casos concretos, um hermenêutica compatível com a teoria pontiana deve, necessariamente, observar se o fato social se adequa aos parâmetros legais para que haja a recepção adequada do fato à norma positivada.

De acordo com a doutrina, os fatos podem advir de eventos da natureza e de animais ou da conduta humana. No caso de fatos que advém de ação humana, muito embora a doutrina não apresente uma classificação uniforme, pode-se, em regra, dividi-los em duas espécies, os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos, sendo estes últimos objeto principal de observação nesta pesquisa.

Há que se considerar que, conforme esclarece Marcos Bernardes de Mello, o Direito, ao regular os atos humanos que têm na vontade o seu elemento nuclear, os permite; ora os recebendo sem escolha de categoria jurídica, e com efeitos preestabelecidos e inalteráveis pela vontade dos interessados, quando assim os denomina de ato jurídico *stricto sensu*; ora outorgando liberdade às pessoas para, dentro de certos limites, autorregurar os seus interesses, permitindo a escolha de categorias jurídicas, de acordo com as suas conveniências, e possibilitando a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas decorrentes, quando, então, chamam-os de negócios jurídicos.²³⁰

O referido autor esclarece que, no primeiro caso, muito embora haja uma manifestação de vontade externada por um sujeito de direitos, o ato não-negocial resultante tem efeitos *ex lege*²³¹ e, portanto, invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos

²²⁸ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 21.

²²⁹ De acordo com Pontes de Miranda: “Incidência é prius; e a incidência supõe a regra jurídica e o suporte fáctico, sobre o qual ela incide. A eficácia é, pois, logicamente, posterior. In: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 3.

²³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 127.

²³¹ Sem pretender adentrar em minúcias terminologias que levariam esta pesquisa a outros rumos que não o pretendido aqui, esclarece-se que, muito embora o autor reconheça que as expressões “*ex lege*” e “*ex voluntate*” não sejam tecnicamente as mais adequadas, utiliza a primeira apenas para diferenciar as condutas nas quais a margem de escolha dos agentes redunde ínfima, decorrendo efeitos do ato de modo inafastável pela mera vontade das partes; enquanto que quando se diz que a eficácia é *ex voluntate* se está a passar a ideia de que a fonte geradora dos efeitos jurídicos reside na própria vontade dos agentes que a manifestaram. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 127.

interessados, enquanto na segunda espécie a manifestação de vontade ganha contornos de ato negocial, haja vista que seus efeitos são *ex voluntate*, ou seja, o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas reconhece, dentro de certos parâmetros, o poder que as partes têm de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.²³²

Marcos Bernardes de Mello, no mesmo sentido, afirma que a partir da observação da menção aos dados nucleares do suporte fático de um ato é que é possível classificá-los. Para o autor, identifica-se como elementos nucleares diferenciais dos fatos jurídicos: a) a conformidade ou não-conformidade com o direito, b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático hipotético.²³³

O autor evidencia que a presença de um ato humano é componente cerne de suporte fático e, portanto, estabelece uma diferença substancial entre os fatos jurídicos, excluindo os fatos naturais, dando origem, assim, tanto aos atos em sentido estrito quanto os atos negociais.²³⁴ Entretanto, no ato não negocial, para Custódio de Miranda, as ações humanas lícitas são simples comportamentos que não traduzem a intenção do seu autor de exteriorizar um certo conteúdo de vontade. Os efeitos que de um comportamento dessa natureza resultam são os predispostos na lei, independentemente da vontade do seu autor, isto é, tais efeitos ocorrem, quer este os queira, quer não.²³⁵

O ato de reconhecimento da parentalidade socioafetiva²³⁶ pode exemplificar essa classe de fato jurídico. Nele muito embora o sujeito de direitos que pratica o reconhecimento esteja manifestando sua vontade, os efeitos jurídicos que decorreram

²³² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 127.

²³³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 94.

²³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 99.

²³⁵ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 20.

²³⁶ A multiparentalidade é um instituto do direito de família reconhecido em âmbito federal, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal por meio da Repercussão Geral nº 622, no qual a paternidade socioafetiva pode existir em conjunto com a paternidade biológica, isto é, não há uma hierarquia entre as duas formas. In: GAUER, Raphaela; CARDOSO, Ana Lucia Brunetta. Parentalidade socioafetiva: estudo de caso. **Justiça & Sociedade**, v. 4, n. 1, p. 627-675, 2019. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/780/727>. Acesso em: 27 jan. 2023.

do ato não são escolhidos ou negociados entre as partes, mas sim preestabelecidos na lei. *A contrario sensu*, verifica-se que no ato humano, quando considerado negócio jurídico, a manifestação de vontade possui permissão legal para se autorregurar, permitindo às partes a escolha da categoria jurídica e do conteúdo eficaz. O ato apresenta maior liberdade, de modo que se afirma que os efeitos são queridos.

Neste sentido, Marcos Bernardes de Mello pontua que:

diferentemente do ato jurídico *stricto sensu*, no negócio jurídico a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um. Assim é que, por exemplo, nos contratos - que são a mais importante espécie de negócio jurídico - em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem.²³⁷

Flaviana Rampazzo Soares afirma que no negócio jurídico há uma intenção prática típica do negócio em si, que é decisiva e cujo escopo o transcende. Nos atos jurídicos *stricto sensu* lícitos a consciência e a vontade não se destinam a prescrever aos interesses do titular um preceito específico para o futuro e seu escopo não ultrapassa o próprio ato porque sua eficácia se exaure em seu resultado mais imediato (fator tempo) e circunscrito (fator conteúdo). O direito valora a eficácia em ambos, mas no ato o faz de modo mais simplificado se comparado no negócio jurídico, pois este tem mais variações e complexidades do que aquele.²³⁸

Corroborando do mesmo entendimento, de acordo com Marcelo Barroso Kümmel²³⁹, no ato jurídico *stricto sensu* uma vontade é exteriorizada conscientemente, com um objetivo determinado. Não há escolha de categoria jurídica e os efeitos jurídicos do ato estão preestabelecidos na lei (efeitos são necessários). Flaviana Rampazzo Soares, em síntese, afirma que “no ato jurídico *stricto sensu*, a vontade

²³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 139.

²³⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 71.

²³⁹ KÜMMEL, Marcelo Barroso. A classificação dos fatos jurídicos. **Revista Direito em Debate**, ano 11, n. 18, p. 191-197, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/758>. Acesso em: 27 out. 2022.

expressa sua força essencialmente nos planos da existência e da validade, ao passo que, no negócio jurídico, vai além, alcançando o plano da eficácia”.²⁴⁰

Para Marcelo Barroso Kümmel, o negócio jurídico se diferencia no sentido de que as partes têm liberdade para a escolha da categoria jurídica, bem como a estruturação do conteúdo eficaz (quais os efeitos querem que emane da relação jurídica que estabelecem) das relações jurídicas.²⁴¹

Daí resulta a primeira observação muito relevante desta pesquisa, que serve de base às afirmações que se seguirão como fundamento da adequação do ato de manifestação de vontade na cessão de gestação como sendo um negócio jurídico. Constata-se, pelas doutrinas citadas, que a vontade humana manifestada em um negócio jurídico não é o elemento diferenciador dele com relação a outras classes de atos. A vontade é elemento integrante imprescindível do negócio, no entanto, a sua existência, por si só, não é capaz de defini-lo, como à frente se verá mais claramente. Em outras palavras, não é toda manifestação de vontade que pode ser classificada como tendo uma natureza negocial.

Por certo, qualquer uma das duas classe de fatos jurídicos humanos não se distancia quanto à necessidade da subsunção à norma para ingressar no universo jurídico. Neste sentido, quando o fato advém de um comportamento humano, conforme esclarece Custódio de Miranda, o critério para saber se ela é ou não um fato jurídico é o mesmo: a ação humana não será fato jurídico em razão de alguma particularidade intrínseca, mas em decorrência de uma circunstância que lhe é exterior, isto é, da aptidão, em razão do que se estabelecer no ordenamento jurídico para gerar efeitos de direito.²⁴²

No mesmo sentido, conforme explica Custódio Miranda, o negócio jurídico está subordinado à lei ordinária.²⁴³

O negócio jurídico, não obstante ser fonte de normas jurídicas, se não for criado em conformidade com a lei não pode ser reconhecido como fonte

²⁴⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 72.

²⁴¹ KÜMMEL, Marcelo Barroso. A classificação dos fatos jurídicos. **Revista Direito em Debate**, ano 11, n. 18, p. 191-197, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/758>. Acesso em: 27 out. 2022.

²⁴² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 18.

²⁴³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 28.

normativa; poderá ser um mero fato jurídico assim como a lei ordinária que não seja criada em conformidade com as leis constitucionais que regulam a criação das leis ordinárias. O negócio jurídico, como é bem de se ver, seria, assim, nesta concepção, um modo de manifestação de normas jurídicas, isto é, teria por conteúdo normas jurídicas.²⁴⁴

Marcos Bernardes de Mello enfatiza o caráter essencial do fenômeno jurídico, qual seja, a incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático. Afirmar que dizer que a declaração de vontade constitui o negócio jurídico ou que ela própria é o negócio revela uma visão distorcida da realidade. Sem a incidência da norma a vontade não entrará no mundo jurídico e, portanto, não há como se falar em negócio jurídico ou outra qualquer espécie de fato jurídico. Somente há juridicidade onde há norma jurídica que a atribua a algum fato, inclusive volitivo.²⁴⁵

Não se questiona, neste trabalho, a necessidade de observação da teoria da subsunção do fato à norma no ordenamento jurídico e sua relevante contribuição na estabilização de conteúdos e critérios de adequação de situações do mundo fático e a possível recepção delas no universo jurídico. No entanto, nem sempre o procedimento de subsunção do fato à norma positivada se consubstancia em um processo tão claro e preciso, carecendo, muitas vezes, de uma atividade hermenêutica mais apurada.

Com efeito, diante da dinamicidade das relações entre as pessoas e dos novos contextos e arranjos sociais, por meio dos quais a sociedade vai se reorganizando, surgem situações concretas nem sempre literalmente identificáveis nos suportes fáticos pré-concebidos na lei nacional e que implicam a necessária observação da forma como são subsumidos pela doutrina e a jurisprudência.

Quando se verifica uma situação fática não totalmente regulada pela norma, como tem ocorrido com os acordos que envolvem direitos da personalidade, como, por exemplo, o de cessão de gestação, em tese, essas situações novas não seriam abarcadas pelo ordenamento jurídico por meio da teoria dos fatos jurídicos e da necessária subsunção do fato à norma.

Alguns fatos sociais poderiam não ser considerados fatos “jurídicos”, dada a não recepção normativa prévia e, por conseguinte, a conduta realizada no mundo dos fatos, ante a não recepção no universo jurídico, restaria por não produzir,

²⁴⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 29.

²⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 145.

juridicamente, atos válidos ou efeitos jurídicos. Desta forma, sem a prévia positivação do direito, como pensar em efetivação de uma situação concreta, do mundo dos fatos sociais, que denote um novo direito que não tivesse sido abarcado na legislação?

Assim, em regra, se o fato social não corresponde a um direito subjetivo regulado no ordenamento jurídico não haveria que se falar em existência ou validade, tampouco na produção de efeitos jurídicos, tendo em vista que para que um fato produza efeitos no mundo jurídico haveria a necessidade de sua pré-existência no sistema normativo. Por exemplo, pode-se citar a união de pessoas homoafetivas. O suporte fático abstrato previa apenas o casamento entre homem e mulher, mas não a união entre pessoas de mesmo sexo.

A ausência de previsão específica impedia a atualização legislativa de uma situação fática concreta que se consolidou na sociedade brasileira e reclamava proteção jurídica. Aqui se encontra a grande falácia da teoria da subsunção do fato à norma, quando ela impõe a não recepção de direitos, como os personalíssimos, tão relevantes à sociedade, haja vista se constatar que o excessivo apego ao direito positivo fez com que diversas manifestações da personalidade humana deixassem de ser tuteladas quando ocorria uma violação.²⁴⁶ Por certo que a ausência de uma lei ou de interpretação que leve em conta a nova realidade que a sociedade demanda não pode impedir que se proceda ao amparo jurídico das novas situações e que se crie um procedimento hermenêutico que se adeque às novas necessidades sociais.

Como inicialmente abordado, não se pode perder de vista a função do Direito enquanto regulador das relações humanas. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello esclarece que:

quando o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social. Parece claro, daí, que a norma jurídica atua sobre os fatos que compõem o mundo, atribuindo-lhes consequências específicas (efeitos jurídicos) em relação aos homens, os quais constituem um plus quanto à natureza do fato em si. A norma jurídica, deste modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos: - o ser fato jurídico.²⁴⁷

²⁴⁶ PAVÃO, Juliana Carvalho; GOIS, Paula Barbosa de; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Negócios biojurídicos e seus limites. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 289-315, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/303/266>. Acesso em: 22 mar. 2021.

²⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 8.

Resta, portanto, imprescindível questionar acerca da hipótese de adoção de uma nova hermenêutica no que tange à manifestação de vontade que envolve a vida e a integridade física humana e sua disposição e se ela poderia ser abarcada no suporte fático como negócio biojurídico.

A identificação da natureza jurídica de tal manifestação e, conseqüentemente, como ela é recepcionada pelo ordenamento jurídico vigente, permitiria identificar se há um sistema de proteção às pessoas e aos seus direitos personalíssimos dentro do próprio arcabouço jurídico já positivado e devidamente constituído e, assim, efetivar sua função reguladora e pacificadora de conflitos sociais, que, como visto, o Direito tem o dever de exercer, sem a necessidade de inclusão de novas leis ou regulamentos no sistema jurídico já posto.

Sabe-se que as determinações até hoje identificadas na legislação acerca da cessão de gestação se mostram insuficientes para coibir a prática ou para proteger as pessoas envolvidas em situações de desamparo legal ou vulnerabilidade.²⁴⁸ A Resolução do Conselho Federal de Medicina não afirma que o ato dos idealizadores da filiação seja um negócio jurídico.²⁴⁹

O doutrina reluta em admitir a natureza contratual do acordo entre as partes na referida técnica, tendo em vista que o objeto do acordo não é patrimonial, alegando a inadequação do objeto ao suporte fático previamente estabelecido em lei para os negócios jurídicos em geral. A lei não resguarda aos idealizadores do projeto de filiação a ampla autonomia para exercerem o direito à reprodução pela via da cessão

²⁴⁸ Assim, como uma regulamentação quase que exclusivamente de natureza ética e cheia de lacunas e imprecisões funciona a maternidade de substituição no Brasil, não se impedindo que estrangeiros busquem a utilização da técnica aqui ou que brasileiros procurem mães substitutas em outros países, realizando verdadeiros negócios jurídicos de conteúdo internacional. In: RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico. Bebê globalizado: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 46, p. 249-270, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/23376/17466>. Acesso em: 1 out. 2021.

²⁴⁹ No Brasil não só o espaço de liberdade contratual é muito estreito (com limitações ao conteúdo, parceiro e forma deste tipo de negócio), como seria questionável se a eventual tutela dos contratantes poderia ser a típica tutela obrigacional (execuções de dar/fazer, multas diárias ou indenizações) e se ainda seria válido no que se refere ao seu objeto. Em suma: a gestação por substituição, no Brasil, ainda carece de maior delimitação obrigacional e se está, ainda, distante de se tutelar um eventual inadimplemento. Desta forma, embora exista uma relação negocial, suas características não são aquelas contratuais típicas. In: RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico. Bebê globalizado: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 46, p. 249-270, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/23376/17466>. Acesso em: 1 out. 2021.

de gestação, tampouco abarcam o direito da gestatrix de dispor do seu corpo como entender mais adequado à concretização do direito à liberdade e da dignidade. A lei, transversalmente, aplicada ao caso de disposição de partes do corpo²⁵⁰ pela gestante, estabelece sua relativa indisponibilidade. Desta forma, o suporte fático dos acordos celebrados em gestação de substituição aparentam uma escassez de elementos capazes de abarcar a realidade dos casos concreto, gerando insegurança e desproteção às partes que se submetem a este tipo de reprodução.

O que se busca questionar nesta pesquisa, portanto, é se a interpretação que a doutrina tem feito, negando a natureza jurídica de negócio à cessão de gestação e, assim, relegando as partes ao arbítrio das próprias forças, seria a mais adequada diante dos casos concretos e das possíveis lesões a direitos personalíssimos decorrentes das práticas realizadas à margem do crivo estatal.

Diante da manifestação de vontade de um casal que combina com um mulher a gestação da prole idealizada, a consideração da natureza negocial de tal ato poderia sugerir uma interpretação mais adequada e compatível com os novos contornos aplicáveis ao contexto social contemporâneo, no qual a proteção à integridade da pessoa humana na esfera privada se alinha a uma hermenêutica civil-constitucional garantidora de mecanismos protetivos às pessoas. A verificação desta hipótese aqui apresentada necessariamente requer a compreensão sobre o que o suporte fático legal supõe como sendo um negócio jurídico, tema que será contemplado no próximo tópico desta investigação.

3.4 NEGÓCIO JURÍDICO: TEORIAS SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS

Antes de apresentar como a doutrina hodierna vem conceituando o negócio jurídico convém destacar que existem teorias que buscam definir esse conceito com base em parâmetros distintos. Esclarece-se que não se retomará, na compilação que se apresentará na sequência, todas as correntes que ao longo do tempo foram se formando para explicar a origem do conceito de negócio jurídico.

²⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 12 jan. 2023.

A extensão do tema desviaria o foco da investigação, sem acrescentar elementos significativos ao contexto que se pretende apreender neste ponto da pesquisa. Deste modo, a análise que se apresentará se fará, simplesmente, como pré-requisito necessário para a compreensão do conceito, que mais adiante se pretenderá expor sobre negócio e para justificar a adoção do marco teórico escolhido quanto a este tema.

Os autores, apresentados nas linhas seguintes se dividem quanto à adoção das teorias subjetivistas ou das objetivistas.

As primeiras se voltam à origem do ato para definir o conceito de negócio jurídico, atrelando-o à vontade como elemento essencial e, as segundas, concentram seu objeto de observação sobre a função que o ato exerce diante da norma abstrata que lhe confere caráter vinculante.

A teoria subjetivista se subdivide em teoria da vontade e teoria da declaração. A teoria da vontade apresenta uma forte relação, que se estabelece a partir da vontade humana. Conforme informa Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, a vontade, fato psíquico interno, constitui o elemento essencial do ato humano, seja ele negociou não negocial.²⁵¹

O papel que a declaração de vontade exerce, para os adeptos desta teoria, mostra-se complementar e secundário, haja vista ser apenas o meio de exteriorização ou revelação dessa vontade, que seria inapreensível de outro modo.²⁵² Tamanha a relevância da vontade, nesta concepção, que Custódio Miranda se manifesta no sentido de entender que, em hipótese de erro no conteúdo da declaração, isto é, quando o sujeito se serve de expressões inadequadas para exteriorizar a sua vontade real ou quando, por qualquer motivo, há uma divergência entre o que, na realidade, quer e, afinal, declara, prevalecerá a vontade real internamente querida pelo sujeito sobre a declaração externamente manifestada, tendo em vista que o ato não poderá subsistir sem o seu suporte essencial – a vontade – e, desta forma, terá como consequência sua invalidade.²⁵³

²⁵¹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 20.

²⁵² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 23.

²⁵³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 24.

Para a corrente subjetivista, a manifestação de vontade relevante se diferencia no ato jurídico *stricto sensu* do negócio jurídico pela produção de efeitos, ou seja, nas duas classes de fato jurídico que advêm de conduta e da vontade humana, o ato em sentido estrito e o negócio, a vontade é essencial, no entanto, a diferenciação se dá pela previsibilidade e o interesse de alcance de um fim específico, querido e previsto ou não na norma. No ato jurídico *stricto sensu* o agente visaria um fim extra-jurídico, de modo que os efeitos jurídicos se produziriam sem que o agente os tivesse em vista, ou os tivesse, mas num plano secundário.²⁵⁴

Esta corrente subjetiva se desdobra em outra diametralmente oposta, a chamada teoria da declaração, que teve como um dos seu maiores expoentes o autor Francesco Ferrara²⁵⁵ e enxerga na declaração de vontade não unicamente uma forma de externalização do interesse do agente, mas sim o próprio instrumento de vinculação do declarante às obrigações por ele assumidas na declaração emitida, independentemente da vontade realmente querida. Desta forma, a vontade do agente é essencial para determinar a qualidade, negocial ou não, do ato, mas releva mais os termos da declaração como realmente expressados do que a vontade internamente pretendida pelo agente.

Por certo que tais teorias, muito embora dominantes na doutrina nacional, sofreram críticas e ensejaram a criação da corrente objetivista. Os autores adeptos das concepções objetivistas entendem que a definição de negócio jurídico prescinde da vontade enquanto elemento essencial. A corrente objetivista se divide em duas principais teorias: a normativista e a preceptiva.

A primeira confere ao negócio jurídico o *status* de fonte de normas jurídicas²⁵⁶, funda-se na concepção positivista do direito para reconhecer no negócio jurídico uma fonte normativa, sempre que criado em conformidade com o ordenamento jurídico e subordinado aos limites da lei ordinária²⁵⁷; a segunda foi brilhantemente desenvolvida por Emílio Betti²⁵⁸, que enxerga o negócio como um *fato social*, valorado pela ordem

²⁵⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 23.

²⁵⁵ FERRARA, Francesco. La simulación de los negocios jurídicos. **Revista de Derecho Privado**, Madri, 1931.

²⁵⁶ Essa corrente foi defendida pelo Italiano Luigi Ferri. Para esta corrente a declaração de vontade das partes que manifestam interesse em realizar um negócio jurídico faz nascer um “dever” entre elas, sendo, portanto, uma fonte de norma jurídica. In: FERRI, Luigi. **Autonomia privada**. Milão: Giuffrè, 1959.

²⁵⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 28.

²⁵⁸ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 89.

jurídica, que contém, ele próprio, a enunciação de preceito a ser seguido pelas partes, dotado de relevância, devendo, assim, distinguir-se das normas, haja vista satisfazer às funções do negócio sem qualquer ingerência da ordem jurídica.

Custódio Miranda, acerca da corrente normativista, acrescenta que, para ela, o negócio jurídico retrataria um modo de manifestação de normas jurídicas, isto é, teria por conteúdo a criação de normas jurídicas, restrito ao âmbito de existência, sem alcançar a validade dele,²⁵⁹ haja vista que poderá ser um mero fato jurídico, assim como a lei ordinária que não seja criada em conformidade com as leis constitucionais.

Já a teoria preceptiva, conforme informado pelo autor, entende o negócio jurídico como um imperativo, capaz de se tornar um verdadeiro “preceito” de dever ser, uma forma de autorregramento, um comando concreto, ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante, não se restringindo à mera declaração de vontade. De acordo com esta teoria, a declaração de vontade se concentra nos efeitos (função) que o ato humano produz diante do poder conferido pelo Direito aos indivíduos de regular suas relações privadas. Assim, a vontade constitui tão somente a causa do negócio, e não sua essência.²⁶⁰

Clóvis Couto e Silva, acerca da teoria preceptiva, declara encontrar dificuldade de estabelecer o verdadeiro sentido dela. Ao citar um dos precursores desta teoria, esclarece que, por vezes, Oskar Bülow se refere à vontade de praticar o ato (vontade imediata) e, em outras, à vontade de produzir efeitos, à vontade negocial (vontade mediata), ou seja, Clóvis Couto e Silva denota a própria imprecisão nos termos utilizados por um dos maiores expoentes da referida teoria. Para Clóvis, o sentido, entretanto, está em esclarecer que o conteúdo do negócio jurídico é um dever-ser, um preceito, e que a vontade não integra esse mesmo conteúdo. A vontade é importante como causa do negócio jurídico, como algo desejado por quem o realiza. Por isso, a vontade de praticar é relevante e serve de fundamento, no caso de vício, para a invalidade, mas o conteúdo do negócio jurídico não é formado por essa vontade primeira (vontade imediata). Como não se anulam os atos, porquanto os efeitos não

²⁵⁹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 28.

²⁶⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 32.

são os desejados pelas partes, a vontade de obter certos efeitos, a vontade negocial ou vontade mediata também não integra o conteúdo do negócio jurídico.²⁶¹

Custodio Miranda afirma que para Emilio Betti não há nenhuma contradição em reconhecer ao preceito negocial uma imediata eficácia constitutiva de relações jurídicas, já que o ser destas relações não pode logicamente se identificar com o dever ser do preceito. Conclui Custódio Miranda que Betti entende que o negócio jurídico é um fato que concretamente se evidencia na vida social e recebe relevância a ponto de ser recepcionado como fato jurídico e que, ao contrário de outros atos humanos, já contém, ele próprio, a enunciação de um preceito a ser observado pelas partes para a autorregulamentação de seus interesses, preceito que a ordem jurídica valoriza, segundo seu soberano critério de apreciação, e traduz em relação jurídica, com as restrições e modificações que considera oportunas.²⁶² Com o fito de confirmar a interpretação do autor, Emilio Betti afirma que:

declarações e comportamentos relevantes no campo do direito privado podem ter os mais diversos conteúdos. Mas a declaração ou o comportamento só deve qualificar-se como negócio jurídico, quando tenha um conteúdo preceptivo relativo a uma matéria de autonomia privada, e a respeito desse conteúdo assuma função constitutiva insubstituível, no sentido de que o preceito só por essa forma pode atingir os efeitos jurídicos correspondentes.²⁶³

Acerca da teoria preceptiva, Darcy Bessone corrobora com o entendimento do tema ao afirmar que a autonomia privada, enquanto fundamento para a realização dos negócios jurídicos, não cria preceitos ou comandos, porque ninguém pode estabelecer regra para vincular outra pessoa, mas, pode, sim, criar regras de conduta para quem as formula. Trata-se, então, de dar normas a si mesmo, ou de se vincular por ato próprio, fazendo coincidir os autores do regulamento com os titulares dos interesses disciplinados. Portanto, para o autor, não há poder normativo a se impor a outros sujeitos, mas vinculação pessoal, por efeito de autorregulamento imediato e concreto, sem qualquer traço de abstração e generalidade. Em suma: na concepção clássica, por negócio jurídico se entende a declaração de vontade, enquanto na teoria

²⁶¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do Pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Balow). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p. 238-270, 1985.

²⁶² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 32.

²⁶³ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 88-89.

preceptiva se pretende que a figura se caracterize por meio da autorregulamentação dos próprios interesses.²⁶⁴

Custódio Miranda apresenta relevante posicionamento acerca das teorias citadas, não se filiando completamente a nenhuma das duas correntes, por lhe parecerem extremistas. Neste sentido, afirma que:

É mister acentuar que as teorias expostas pecam pelo seu unilateralismo: as teorias subjetivistas na medida em que não consideram o imperativo juridicamente relevante em que o conteúdo negocial se traduz e as teorias objetivistas na medida em que abstraem do elemento "vontade" que é decisivo no momento da formação do negócio.²⁶⁵

O autor esclarece que tais posicionamentos conduzem a um erro metodológico quando, nas concepções subjetivistas, limita-se o conceito de negócio jurídico à determinação no plano puramente teórico e lógico-formal, com total abstração da realidade social. Do mesmo modo que os teóricos da segunda corrente, referindo-se no positivismo puro, abstraem do conceito o elemento volitivo de maneira tão incisiva. Assim, para os fins previstos neste trabalho, filia-se ao autor quanto ao entendimento de que só uma noção que represente uma transação entre as duas correntes (subjetivista e objetivista) expostas é capaz de explicar adequadamente a realidade negocial.²⁶⁶

Em síntese, percebe-se que o ponto diferencial e essencial das construções teóricas acima citadas se situa especialmente na relevância em maior ou menor grau que a vontade exerce nos efeitos jurídicos da manifestação negocial. Antonio Junqueira de Azevedo explica o interesse em se determinar a adesão a uma teoria ou outra. Ao se referir às diversas teorias que buscam explicar qual o grau de influência que a vontade deve ter sobre a declaração, ensina que elas servirão, apenas, para explicar por quê, segundo esta ou aquela legislação, às vezes, a lei permite a influência da vontade e, às vezes, a elimina.²⁶⁷

Assim, tomado como marco teórico, na construção do conceito de negócio jurídico neste trabalho, passa-se a expor o posicionamento de Antonio Junqueira de

²⁶⁴ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 4.

²⁶⁵ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 37.

²⁶⁶ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 27.

²⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 101.

Azevedo. O autor se aparta das concepções voluntaristas, do mesmo modo que, mesmo sem deixar de aderir à concepção objetivista, em certa medida, também dela se distancia, haja vista rejeitar a ideia do negócio como norma jurídica concreta. O autor entende não se tratar um negócio de um mero ato de vontade do agente, mas sim de um ato que socialmente é visto como de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. O autor explica seu posicionamento no seguinte sentido:

Não ficam de forma alguma esquecidos os efeitos que do negócio resultam; esses efeitos, porém, não estão presos, como normas, a outras normas, mas sim, mais simplesmente, são relações jurídicas (em sentido lato), que o ordenamento jurídico, respeitados certos pressupostos (de existência, validade, eficácia), atribui ao negócio, em correspondência com os efeitos manifestados como queridos.²⁶⁸

Antonio Junqueira de Azevedo define negócio jurídico como sendo um ato jurídico consistente em declaração de vontade, a qual o ordenamento jurídico atribui efeitos, desde que respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

A contribuição, por demais relevante, que o autor traz à discussão ora proposta, refere-se à significativa mudança de perspectiva, já que de psicológica, referente à teoria voluntarista, passa a imprimir de maneira objetiva um foco maior no aspecto social, estabelecendo um novo paradigma a ser observado no negócio jurídico.²⁶⁹

Revela, o autor, que o negócio não é o que o agente quer, mas o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Por esta ótica, o autor se aparta de uma visão individualista e subjetiva, estritamente voltada à vontade da parte declarante para alargar o campo de visão ao prisma social²⁷⁰ e apresentar um conceito de negócio jurídico baseado na estrutura do ato concretamente realizado.

²⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 26.

²⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 26.

²⁷⁰ Entende-se que Emilio Betti, também reconhece a influência do contexto social na formação do negócio jurídico ao filiar-se à corrente preceptiva. Ainda que sem utilizar a expressão “circunstâncias negociais” adotada por Junqueira, nos parece que ao ilustrar a seu posicionamento sobre a teoria preceptiva acaba por identificar a relação existente entre negócio e o contexto social ao qual estão inseridas as partes. Assim, Betti sugere “pense-se antes de mais, no contrato que realiza, sob a forma mais rudimentar, a função da troca de mercadorias: a permuta. É inegável que a vemos universalmente praticada, até por tribos selvagens, entre as quais não há quaisquer vestígios de um estado, tanto nas relações entre elas, como nas relações com os povos civilizados. Vemos que, não obstante a falta de um ordenamento superior, as negociações que antecedem a conclusão do contrato são conduzidas com escrupulosa correcção, e que, obtido o acordo, ambas

Antonio Junqueira de Azevedo o define como categoria abstrata ou como fato jurídico concreto; no primeiro caso, o negócio jurídico é a hipótese de fato jurídico abstratamente considerada em uma norma, também chamada de "suporte fático", que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias negociais, que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos. Já como fato concreto, o negócio jurídico é todo fato consistente em declaração de vontade a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.²⁷¹

De acordo com a visão do autor, essa posição não se distancia totalmente da corrente voluntarista, negando que no negócio jurídico haja uma manifestação de vontade, ou seja, não se retira do fato jurídico a relevância da vontade da parte. Entretanto, para o autor, não repousa sobre a existência da manifestação de vontade a definição do ato como negócio jurídico. Em outras palavras, a vontade não é o elemento distintivo capaz de determinar se o ato humano se traduz em um negócio jurídico ou em outros tipos de manifestações humanas previstas no ordenamento jurídico. Neste sentido:

Não se trata, aqui, de verificar quais os fatos, que in concreto são, ou não, atos de vontade, mas sim, verificar se, pela estrutura normativa, se toma, ou não, em consideração a existência do que socialmente se vê como ato ou manifestação de vontade. Determinados fatos que, na realidade, são atos voluntários, poderão entrar no mundo jurídico como fatos em sentido estrito, por a norma jurídica não levar em conta, na sua composição, nem o elemento "declaração de vontade", nem sequer, a simples manifestação de vontade; por exemplo, a morte, para efeitos sucessórios, é fato involuntário (fato jurídico em sentido estrito), quer se esteja diante de morte natural, quer de morte provocada por terceiros, quer, finalmente, se trate de suicídio e, portanto, nesse último caso, ela tenha sido, na realidade, ato de vontade.²⁷²

Não resta dúvida, diante dos conceitos dos diversos autores citados, que, de uma forma ou de outra, identificar a função da vontade e sua forma de externalização se mostra informação intimamente ligada ao conceito de negócio jurídico. No entanto, o papel que ela exerce pode ser mais ou menos minimizado. Para tal entendimento

as partes mostram, ao concluir o contrato, plena consciência do seu valor vinculativo". In: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 89.

²⁷¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 20.

²⁷² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 21.

resta necessário diferenciar com mais precisão o que é manifestação de vontade e declaração de vontade para, depois, alcançar com mais profundidade a conotação do conceito apresentado por Antonio Junqueira de Azevedo.

Para Custódio de Miranda, a declaração de vontade não se traduz em um sinônimo de manifestação de vontade.²⁷³ No negócio jurídico, o autor da declaração, ao emitir sua vontade, está a manifestar uma intenção que não se limita a sua esfera psíquica, íntima, adquirindo, assim, um objetivo determinado, que se destina a ser conhecido externamente e a produzir efeitos, tanto na sua própria esfera jurídica como na de outrem.

Antonio Junqueira de Azevedo, nesta mesma esteira, enfatiza a distinção dos dois termos, ao informar que a expressão "declaração de vontade" implica um elemento novo, que consiste numa finalidade de manifestação de produção ou de eficácia jurídica. Pode-se concluir, pelo pensamento do autor, que, juridicamente, a declaração de vontade significa mais que uma simples manifestação humana.²⁷⁴ Nestes termos:

Ao falarmos, portanto, em declaração de vontade, estamos utilizando esta expressão como uma espécie de manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos. A declaração é, do ponto de vista social, o que o negócio é, do ponto de vista jurídico, isto é, a declaração tende a coincidir com o negócio, na medida em que a visão jurídica corresponde à visão social. O ordenamento jurídico procura tomar a declaração de vontade como hipótese normativa (hipótese legal) dessa espécie de fato jurídico, que é o negócio jurídico. Por isso mesmo, num contrato, por exemplo, não há, como às vezes se diz, duas ou mais declarações de vontade; há, nele, mais de uma vontade e mais de uma manifestação de vontade, mas essas manifestações se unificam na visão social de uma só declaração, que juridicamente será um só fato jurídico.²⁷⁵

Destaca-se, aqui, o elemento que Antonio Junqueira de Azevedo nomeia como circunstância negocial. Ele entende que o negócio jurídico não é uma simples manifestação de vontade, mas uma manifestação de vontade qualificada, e, sendo assim, ele a intitula de declaração de vontade. Declaração esta que é identificada não como um fato jurídico qualquer, mas sim como um fato expresso em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, *as circunstâncias*

²⁷³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 21.

²⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 22-23.

²⁷⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 22-23.

negociais, que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos. Em outras palavras, o elemento capaz de tornar possível a qualificação do ato humano de manifestação de vontade como sendo uma declaração consistente em um negócio jurídico são as circunstâncias negociais que circunscrevem o momento de realização da manifestação de vontade. Para o autor, são as circunstâncias negociais que constituem o verdadeiro elemento definidor e diferenciador do negócio.²⁷⁶ Logo, significando, tais circunstâncias, o elemento capaz de revelar a singularidade de um ato negocial dos demais atos nos quais haja manifestação de vontade humana, entende-se que elas determinam a existência de um negócio jurídico quando somadas a outros, também, constitutivos da declaração, sendo este o tema do próximo estudo.

3.5 O PLANO DA EXISTÊNCIA: ELEMENTOS GERAIS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Como visto, quando o fato social é subsumido pela norma que antecipada e abstratamente o previa o negócio passa a existir no universo jurídico. Neste sentido, Marcos Bernardes de Mello explica que quando ocorre um fato no universo social, ao “sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, fazendo, assim, que o referido fato ingresse no plano da existência”²⁷⁷. Ocupa-se o autor de tratar da situação que permite o ingresso, a entrada, no mundo jurídico, do fato abarcado pela norma. Em outras palavras, refere-se a uma noção de origem da incursão do ato no campo da sistemática jurídica, denominada por Pontes de Miranda como plano de existência.²⁷⁸

Tal noção explica que o ato humano, em regra, deve ser observado sob dois planos: o da existência e da eficácia, do mesmo modo que quando o ato humano se referir a um negócio jurídico a análise deve se estender a um plano adicional, ou seja, além dos planos de existência e de eficácia, acresce-se também o de validade.

Neste momento, concentrar-se-á no estudo do plano da existência dos

²⁷⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 3.

²⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78.

²⁷⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

negócios. Na visão de Pontes de Miranda, a existência jurídica de um negócio requer a análise e a configuração de alguns elementos que fazem, para além de sua existência no mundo dos fatos, que o negócio exista no mundo jurídico. Pontes de Miranda esquematizou graficamente, em uma escada, três prismas sobre os quais se apresenta o negócio jurídico²⁷⁹.

A referida escada ponteana possui três degraus, sobre os quais repousa cada um dos requisitos de existência, de validade e de eficácia das relações contratuais. No Brasil, o Código Civil apresenta o plano da validade no art. 104²⁸⁰, descrevendo quais são os elementos necessários a sua configuração.

Como menciona Christiano Cassettari, “o plano da existência é um plano doutrinário, que é reconhecido pela jurisprudência, porém não há no Código Civil menção a ele”.²⁸¹ Assim, a melhor doutrina identifica no art. 104 do Código Civil o suporte fático necessário à existência e à validade de um negócio jurídico. Muito embora o texto legal se refira expressamente ao plano de validade, entende-se que neste artigo se mostram também os mesmos elementos do plano de existência, quais sejam: agente, objeto e forma. No entanto, estes elementos são acrescidos de qualificadoras, ou seja, de adjetivos que, quando verificados, conferem validade jurídica ao pactuado.

Desta forma, para a existência de um negócio jurídico é necessário observar se estão presentes, no acordo celebrado, a declaração de vontade, os agentes emissores da vontade, um objeto e uma forma, ou seja, os quatro elementos gerais necessários à existência de qualquer ato humano. A mera presença destes elementos já torna possível aferir a existência jurídica de um determinado negócio.

Antonio Junqueira de Azevedo, sem negar a classificação tradicional ponteana, apresenta análise muito mais minuciosa quanto aos planos de um negócio jurídico. O autor engloba os elementos escritos na lei e na doutrina ponteada e alarga o rol de observações a serem feitas quando do estudo de tais planos no caso concreto. Tecendo considerações minuciosas, permite observar, com mais riqueza de detalhes,

²⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. p. 7.

²⁸⁰ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

²⁸¹ CASSETTARI, Chistiano. **Elementos de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.

elementos que sejam essenciais, apresentados como necessários para que se constitua um negócio jurídico e que são subdivididos em três classes, os elementos gerais, os categoriais e os particulares. Nas palavras do autor:

Classificam-se, conforme o grau de abstração, em elementos gerais, isto é, próprios de todo e qualquer negócio; categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; e particulares, isto é, existentes, sem serem gerais ou categoriais, em um determinado negócio.²⁸²

No plano da existência, Antonio Junqueira de Azevedo aponta os elementos gerais como sendo aqueles indispensáveis à existência de qualquer negócio jurídico. Veja-se que não se está aqui a tratar especificamente dos negócios biojurídicos, mas deles acrescidos de todos os outros negócios patrimoniais.

Neste tópico, restringir-se-á a tratar dos elementos gerais comuns a todos os negócios jurídicos e, em seções subsequentes, tratar-se-á dos elementos categoriais específicos dos negócios biojurídicos.

Destaca-se que o autor utiliza a palavra “elemento” com rigorismo técnico, diferenciando-a de outras expressões comumente utilizadas por outros doutrinadores²⁸³ para expressar “tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe”.²⁸⁴

²⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 49.

²⁸³ Antonio Junqueira de Azevedo entende que a utilização indiscriminada das expressões “elemento”, “requisitos” e “fatores” foge ao rigorismo que a semântica dos termos exige. Veja-se, exemplificativamente, um trecho do texto de Silvio de Salvo Venozza quanto ao papel da vontade nos planos de existência e validade: “é importante colocar a vontade como elemento do negócio jurídico. No exame do plano de existência não se cogita de invalidade ou ineficácia, mas simplesmente da realidade de existência do negócio. Importa examinar a existência da vontade ou, mais que isso, a existência da declaração de vontade. Temos para nós, contudo, que a vontade, muito antes de ser unicamente um elemento do negócio, é um pressuposto dele, mas um pressuposto que ora interferirá na validade, ora na eficácia do negócio, já que pode “existir” um negócio jurídico com mera aparência de vontade, isto é, circunstância em que a vontade não se manifestou e houve apenas mera “aparência” de vontade. Tanto a noção de elemento, como a de pressuposto, englobam a compreensão de requisito. Destarte, afora os elementos mencionados, incumbe tecer considerações sobre os pressupostos. Vimos que podemos colocar a vontade como pressuposto do ato jurídico; pressuposto fundamental, acrescentaríamos”. In: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 384.

²⁸⁴ A expressão elemento essencial é, no entanto, às vezes usada, não para exprimir os elementos essenciais à existência do negócio jurídico, mas para designar os elementos essenciais à validade dele. Temos, portanto, elementos essenciais à existência e elementos essenciais à validade do negócio jurídico. Existente é, por exemplo, o negócio jurídico em que há manifestação de vontade obtida por dolo, pois o elemento essencial à sua existência (manifestação de vontade) está presente. Mas esse negócio jurídico não é válido, por que o elemento essencial à sua validade é a manifestação de vontade isenta de vícios (e o dolo, ao lado do erro e da coação, é um dos três vícios da vontade)”. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 37.

Entre os elementos gerais, aqueles indispensáveis à existência do negócio jurídico, alguns são constitutivos do ato, ou seja, intrínsecos a qualquer negócio, enquanto outros elementos são extrínsecos ou chamados de pressupostos, haja vista existirem antes de o negócio ser feito.²⁸⁵ Estes últimos são o agente, o lugar e o tempo. Em síntese, o autor classifica os elementos gerais da seguinte maneira:

Os elementos gerais, sintetizando o que foi dito neste parágrafo até aqui, são, pois, aqueles sem os quais nenhum negócio existe. Podem ser: a) intrínsecos (ou constitutivos): forma, objeto e circunstâncias negociais; e b) extrínsecos (ou pressupostos): agente, lugar e tempo do negócio.²⁸⁶

Registra-se que, para a análise dos negócios biojurídicos, objetivo derradeiro desta pesquisa, interessa apenas a observação mais detalhada dos elementos gerais constitutivos descritos por Antonio Junqueira de Azevedo. São eles: a forma, o objeto e as circunstâncias negociais.

O primeiro se refere à forma como a declaração foi feita e de que maneira foi externalizada, se, por exemplo, foi escrita, de forma oral, silenciosa, por mímica etc. O segundo elemento é o objeto, isto é, o conteúdo do negócio, caracterizado pelo bem jurídico perseguido por meio da assunção de obrigações entre as partes, que geralmente se externaliza no fim que se manifesta na própria declaração. O terceiro elemento constitutivo do negócio jurídico, para o autor, seriam as circunstâncias negociais que, neste trabalho, destacam-se por se identificarem como sendo o mais relevante elemento determinante e caracterizador do negócio jurídico na fatispécie legal.

De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo, as circunstâncias negociais refletem o que fica da declaração de vontade despida da forma e do objeto. É um "*quid*", irredutível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.²⁸⁷

²⁸⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 42.

²⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 44.

²⁸⁷ Por isso mesmo, é que um ato de vontade realizado num palco, durante uma representação, ou numa sala de aula, durante uma preleção, ainda que tenha todos os outros elementos de existência e, até, os requisitos de validade (proveniência de vontade séria, forma prescrita etc.) não é um negócio jurídico; falta-lhe esse *quid novi*, que se deve acrescentar à manifestação, a fim de a transformar em "declaração de vontade". Pois bem, se tivermos em mente que toda manifestação de vontade tem forma e conteúdo e que, para se constituir em declaração, é indispensável que seja socialmente reconhecida como tal, torna-se fácil, agora, dizer em que consiste esse *quid novi*,

Nota-se, pela explanação do autor, que, de fato, quando um agente manifesta vontade no sentido de realizar um negócio jurídico, essa manifestação contém um elemento novo e diferenciador de qualquer outra manifestação de vontade. Elemento este que caracteriza e individualiza tal ato como aquele descrito na norma abstrata, que, por ser reconhecido como destinado à produção dos efeitos buscados pelas partes, mostra-se realmente como um negócio jurídico. Neste sentido, Antonio Junqueira afirma que:

Não basta, pois, que haja algo que surja aos nossos olhos como exteriorização de vontade, é preciso ainda que essa manifestação venha rodeada de circunstâncias que façam com que ela seja vista socialmente como manifestação jurídica, isto é, como declaração. E a palavra "declaração de vontade" implica este elemento novo.²⁸⁸

Para o autor, as circunstâncias que envolvem a manifestação de vontade declarada pelo agente que realiza o negócio jurídico integram e compõem um elemento intrínseco ao negócio. Tal elemento consiste exatamente no conjunto de circunstâncias que formam um padrão cultural que permite que a declaração seja vista socialmente como fonte de um relação jurídica dirigida à criação de efeitos jurídicos. Nas palavras do autor, “as "circunstâncias negociais" são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos”.²⁸⁹

Os padrões culturais de uma determinada sociedade²⁹⁰, que conduzem ao

que vimos chamando "circunstâncias negociais". Ele consiste exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas). As "circunstâncias negociais" são, pois, um *modelo cultural de atitude*, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 141.

²⁸⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 140.

²⁸⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 141.

²⁹⁰ Quanto à relação do negócio com o contexto social, pode-se acrescentar o entendimento de Emílio Betti, que, mesmo em sentido não idêntico ao declarado por Antonio Junqueira de Azevedo, afirma que na vida social Na vida social, antes ainda de qualquer intervenção da ordem jurídica, os particulares procuram, por si mesmos, obter os meios mais aptos. Ora os meios dessa natureza são, por excelência, os negócios jurídicos. E bastante elucidativa, sob tal aspecto, a gênese que eles costumam ter no terreno social. Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida de relações: surgem como actos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções económico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica. *In*: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 88-89.

entendimento de que as partes estejam se vinculando e assumindo obrigações que produzirão os efeitos jurídicos por elas avençados, é o que configura o que o autor nomeia como circunstâncias negociais. Antonio Junqueira de Azevedo exemplifica esta situação ao pontuar que um ato de vontade realizado num palco, durante uma representação, ainda que tenha todos os outros elementos de existência (uma forma e um objeto) e, até, os requisitos de validade, não será um negócio jurídico²⁹¹, haja vista, faltar-lhe as circunstâncias negociais no entorno da situação fática que promova a percepção e o reconhecimento social de que aquele ato se consubstancia em um negócio real, no qual as partes declarantes almejam produzir os efeitos jurídicos ali declarados.

Antônio Junqueira de Azevedo demonstra, ainda, seu posicionamento, quando lembra a situação hipotética de um professor numa sala de aula, durante uma preleção, ao simular um negócio jurídico com um aluno; falta-lhe esse "*quid novi*" inserido à manifestação de vontade por meio das circunstâncias negociais, capaz de a transformar em "declaração de vontade" e fazer surgir no universo jurídico um negócio real.²⁹²

Percebe-se que os padrões culturais que veem como jurídicos certos atos ocorridos faticamente configuram as circunstâncias que integram o núcleo de criação de uma declaração de vontade que, pela subsunção daquele fato social à norma, passa a ser aceito como ato jurídico negocial. Custódio de Miranda corrobora com a temática ao informar que é o grupo social, mais precisamente, a visão do jurídico desse grupo, que determina, em primeiro lugar, a juricidade do ato, posteriormente sancionada pela lei.²⁹³

Entende-se que Flaviana Rampazzo Soares demonstra, ainda que não explicitamente, concordar que há relevância nas circunstâncias negociais para a formação do negócio, ao declarar que é possível admitir que a vontade externada por meio de declaração ou comportamento concludente a ser considerada no plano da existência, na composição do suporte fático do consentimento do paciente, é a que seja perceptível pela coletividade como tal, pois de acordo com a autora, o ingresso

²⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 141.

²⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 141.

²⁹³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 33-34.

no plano da existência exige essa declaração ou esse comportamento, que seja compreendido como tal por um juízo de racionalidade, quanto à aparência de existência e de seriedade, sob um raciocínio de verosimilhança.²⁹⁴

Tem-se, portanto, que no momento em que as circunstâncias negociais passam a determinar a existência dos negócios jurídicos e diferenciar tal ato humano de outros nos quais também haja manifestações de vontade, sem conteúdo negocial, abre-se o conceito de negócio para abarcar novas possibilidades que não ficam adstritas aos tipos previamente estipulados na lei civil.

Novos arranjos de declaração de vontade passam a ser enquadrados como negócio jurídico toda vez que as circunstâncias da externalização da vontade de querer declarar, expressas em atos que são socialmente reconhecidos como destinados à produção de efeitos jurídicos, se apresentam.

De acordo com a teoria do autor Antonio Junqueira de Azevedo, vislumbra-se o caráter sociológico que determina as circunstâncias negociais e transporta o negócio do mundo dos fatos pra dentro do mundo jurídico. Neste sentido, Custódio Miranda enxerga a visão social do autor como determinante para o estabelecimento da juridicidade do ato negocial, o traço característico e fundamental da construção de Antonio Junqueira de Azevedo.²⁹⁵

Compreende-se, portanto, que a circunstância negocial que permeia o entorno da realização do negócio é o elemento que permite atualizar a disciplina dos negócios ao contexto social contemporâneo, assim como a cada momento histórico, do mesmo modo que permite levar a situação fática para dentro da fatispécie abstrata prevista na norma, exercendo, portanto, a função de adequação da situação fática à norma, conforme descreve Pontes de Miranda²⁹⁶. Assim, as circunstâncias negociais podem ser vistas como o elemento de atualização da norma ao contexto social fático.

Por óbvio, cada momento histórico e cada contexto social imprime elementos circunstanciais diferenciadores que influenciam na concepção que cada sociedade

²⁹⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 87.

²⁹⁵ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 33-34.

²⁹⁶ Os sistemas jurídicos não são concebidos como se as pessoas pudessem dar entrada no mundo jurídico a quaisquer fatos, ainda atos humanos, fazendo-os *jurídicos*. Em verdade, ainda que amplamente, o direito *limita* a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados. Mundo fático e mundo jurídico não são coextensivos. Noutros termos: somente dentro de limites pré-fixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. In: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3.

tem sobre o que é negócio ou não. O negócio jurídico celebrado no filme "O Mercador de Veneza"²⁹⁷, muito embora tenha elementos essenciais idênticos aos negócios celebrados hoje, era realizado em circunstâncias diferentes das atuais.

Toma-se como exemplo a obra do Mercador de Veneza, sem ingressar na temática da validade das cláusulas contratuais, com o intuito único de melhor visualizar que as circunstâncias de celebração daquele negócio não eram as mesmas das de hoje. Muito embora tivesse como objeto uma dívida que poderia ser paga com a própria vida do declarante, o pacto foi celebrado em conformidade com um contexto que a sociedade da época entendia como sendo adequado para produzir os efeitos de negócio jurídico. As cláusulas eram diferentemente aceitas ou rejeitadas pelo ordenamento jurídico a partir de uma concepção construída socialmente naquele contexto.

Ainda a título ilustrativo, observa-se que no filme "50 Tons de Cinza"²⁹⁸ o telespectador não nega que houve um pacto, um negócio entre as partes, que tinha como objeto uma prestação sexual. Novamente, neste caso, assim como no exemplo do filme O mercador de Veneza, não se está a discutir a validade jurídica do acordo, mas, tão somente, identifica-se que as circunstâncias negociais se fazem presentes diante do contexto social. Naquelas circunstâncias, não se pode negar a feição negocial que a declaração de vontade das partes assumiu. Por certo que, em outro contexto histórico, se o filme se passasse no século XVI, na cidade italiana, por exemplo, o pacto sexual realizado pelos personagens não seria entendido pelo público como um contrato realizável naquele local e momento, enquanto que no século XXI ele seria visto como perfeitamente possível, ainda que moralmente possa sofrer críticas quanto a algumas das cláusulas pactuadas.

Identificado, no negócio, este elemento "atualizador" da norma, qual seja a circunstância negocial que permeia a celebração, passa-se a pensar na possibilidade

²⁹⁷ O Mercador de Veneza, baseado na obra homônima de William Shakespeare, é um filme norte-americano de 2004 dirigido por Michael Radford. O drama relata a história do jovem Bassânio, nobre que envolve o melhor amigo numa dívida da qual o valor da penhora é de uma fatia da carne do corpo do mesmo. *In*: ESTADOS UNIDOS. **Wikipédia**, 25 de janeiro de 2023. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Estados_Unidos. Acesso em: 8 fev. 2023.

²⁹⁸ Cinquenta Tons de Cinza é um filme erótico americano baseado no *best-seller* e livro homônimo da autora britânica Erika Leonard Jaimes, com a direção de Sam Taylor-Johnson e roteiro de Kelly Marcel. O filme é estrelado por Dakota Johnson como Anastasia Steele, uma estudante universitária que começa um relacionamento sadomasoquista com o jovem magnata Christian Grey (Jamie Dornan). O filme teve lançamento nos cinemas estadunidenses em 13 de fevereiro de 2015. *In*: FIFTY SHADES OF GREY. **Wikipédia**, 29 de dezembro de 2022. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Fifty_Shades_of_Grey_\(filme\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Fifty_Shades_of_Grey_(filme)). Acesso em: 8 fev. 2023.

de direitos da personalidade, que antes eram incompatíveis de serem recepcionados pelo arcabouço jurídico como negócios jurídicos, ser, agora, diante do contexto social hodierno, vistos como realizáveis e, portanto, por consequência, inseridos nas circunstâncias negociais que a atualidade reclama.

É certo que há poucas décadas só se podia pensar em reprodução humana pelo meio natural. Quando as tecnologias e os avanços da medicina passaram a permitir que uma pessoa pudesse se reproduzir mediante auxílio médico e sem o método tradicional, as inovações imprimiram novos arranjos sociais que levaram a sociedade a enxergar novas possibilidades de acordos e negociações.

Antonio Junqueira, ao conceituar negócio jurídico, o atrela à existência de circunstâncias negociais. O autor traz um aspecto sociológico que compatibiliza a hermenêutica dos negócios jurídicos à teoria da subsunção do fato à norma de Pontes de Miranda. O fato jurídico (negócio) está adequado à norma exatamente por se enquadrar nas circunstâncias negociais de um contexto social específico. Considerar o elemento circunstancial, como descrito na teoria de Antonio Junqueira, é dar abertura para que o suporte fático abstrato do negócio jurídico se amolde à realidade contemporânea e aos novos contornos dos negócios jurídicos atuais.

As circunstâncias trazem para dentro do suporte fático a realidade social, tornando a norma sempre atual e adaptável aos influxos sociais quanto aos novos tipos de arranjos negociais que as pessoas estabelecem em suas relações cotidianas. Não considerar essa flexibilidade dos modelos contratuais seria enclausurar os tipos negociais dentro da própria lei, como se houvesse um rol taxativo a ser considerado na esfera dos direitos obrigacionais. O que se sabe não existir, haja vista ser unânime o entendimento sobre a ilimitação²⁹⁹ característica dos direitos obrigacionais no sistema jurídico nacional, diferentemente dos direitos reais.

Evidencia-se que existe uma mutação no universo das relações sociais e dos negócios que a sociedade admite em um determinado momento histórico e que deve ser acolhida pelo ordenamento jurídico. Conforme leciona Marcos Bernardes de Mello, as modificações pelas quais passam as situações jurídicas jamais implicam alterações

²⁹⁹ Carlos Roberto Gonçalves entende que os direitos obrigacionais (*jus ad rem*) diferem, em linhas gerais, dos reais (*jus in re*): quanto à formação, pois podem resultar da vontade das partes, sendo ilimitado o número de contratos inominados (*numerus apertus*), ao passo que os direitos reais só podem ser criados pela lei, sendo seu número limitado e regulado por esta (*numerus clausus*). In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2. p. 26.

na natureza dos fatos (a venda, pelo proprietário, da safra do coqueiral, não altera o ciclo natural da frutificação), mas, ao contrário, as transformações havidas nas situações de fato podem determinar mutações nas situações jurídicas.³⁰⁰

Por certo que, conforme pontua Flaviana Rampazzo Soares:

ao jurista cabe refletir a respeito de um negócio jurídico existencial sob a consideração da necessária preservação dos legítimos interesses da pessoa humana, sua vida dignidade e autonomia, individualmente considerada, sem desconhecer a sociedade, a sociedade e o meio ambiente, pensando nas consequências das decisões tomadas no presente e no futuro.³⁰¹

Entende-se, portanto, que as mutações sociais merecem o devido das instâncias jurídicas, tendo em vista que o Direito não pode deixar situações à margem de sua proteção, como ocorre nos negócios biojurídicos.

Há que se considerar que, conforme esclarece Marcos Bernardes de Mello³⁰², o direito é feito para a vida e não o contrário. Desta forma, não é a situação fática que necessariamente deve caber dentro do suporte fático, mas o Direito que deve acompanhar as evoluções e os movimentos sociais. Assim, sem perder de vista essa importante função do direito, deve-se acatar a flexibilidade no momento de subsumir o fato social à norma jurídica.

De acordo com o pensamento de Antonio Junqueira de Azevedo:

Tal solução pode não parecer satisfatória para os juristas excessivamente ciosos da pureza do direito, pois, a final, acaba-se adotando, como elemento caracterizador da declaração, e, através dela, do negócio jurídico, as circunstâncias negociais, cuja conceituação é a de uma atitude vista socialmente como dirigida à produção de efeitos jurídicos, isto é, um modelo cultural de atitude jurídica, portanto, algo meta-jurídico a dar o caráter de jurídico. Infelizmente, trata-se, a nosso ver, de decorrência inevitável do

³⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 11.

³⁰¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 84.

³⁰² As instituições jurídicas, no entanto, constituem instrumentos práticos da vida social e, por isso, precisam de estar arraigadas à experiência de cada povo. Esse caráter empírico do direito impõe a impossibilidade de que as suas instituições sejam tratadas como meras entidades abstratas, de puro conteúdo lógico-formal, donde ser necessário que os conceitos jurídicos e as categorias que os configuram não estejam desvinculados da realidade social atual em que se inserem. E verdade que a função específica da Ciência Jurídica consiste em elaborar, a partir da análise do sistema jurídico, como dado empírico, conceitos e categorias de tão amplos graus de abstração e generalidade que consigam explicar e abranger as situações possíveis. É claro que o Direito como norma não está sujeito às formulações abstratas da Ciência. No atendimento das carências sociais, as normas são livres para formular as categorias e as estruturas que melhor se ajustem às situações, porque, como observa Miguel Reale, "O Direito é feito para a vida e não a vida para o Direito". In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 143.

próprio caráter social do direito, que faz com que, em pontos extremos, a ciência do direito, para definir o que é jurídico, acabe por ter que se referir ao que está para além do próprio direito.³⁰³

Marcos Bernardes de Mello lembra que a "Ciência presta auxílio inestimável à elaboração do direito positivo, mas, de modo algum limita a capacidade de auto-criação do próprio sistema jurídico". Assim, o autor confirma a mutabilidade do direito no tempo e no espaço diante da necessidade de adequação às exigências sociais.³⁰⁴

Por certo que a inflexibilidade da lei quanto ao acolhimento da situação concreta gera reflexos que não podem ser abarcadas pelo Direito. O Direito não pode se negar a se atualizar diante das demandas sociais e correr o risco de não atender às vulnerabilidades das pessoas, desprotegendo-as. A coligação das ciências médicas reprodutivas e da seara jurídica tem denotado novos, inusitados e legítimos interesses da sociedade que, por conseguinte, sinalizam a necessidade de uma nova interpretação do cenário social atual por parte do Poder Judiciário, como se verá no próximo tópico.

3.6 MUTAÇÕES DO MUNDO SOCIAL E JURÍDICO: CIRCUNSTÂNCIAS NEGOCIAIS DOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS REPRODUTIVOS

Nenhuma disciplina das ciências desencadeou tantas discussões como os descobrimentos da Biotecnologia no último século. A contemporaneidade apresenta inovações tecnológicas que se enumeram dentro das principais preocupações de cientistas, legisladores e, conseqüentemente, dos operadores do Direito.

As inovações têm feito surgir uma série de dilemas relacionados à dignidade da pessoa humana diante da disponibilidade do próprio corpo e os reflexos desta disposição no contexto social.

Em um primeiro momento, vislumbra-se enormes chances de progresso à

³⁰³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 143.

³⁰⁴ Os conceitos e as categorias elaborados pela Ciência Jurídica não podem permanecer imutáveis, mas precisam ajustar-se às transformações substanciais quando alteram a própria fisionomia do sistema jurídico. Pretender-se que as categorias e os conceitos permaneçam tal qual foram formulados, insensíveis às modificações do direito é querer fazer deles algo inútil, porque abstração fora da realidade. Ao contrário, ajustá-los à experiência, sempre que mudem as condições existenciais, é fazê-los vivos instrumentos não só da Ciência, mas, principalmente, do próprio Direito. *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 143.

humanidade, como a possibilidade de aconselhamento pré-natal capaz de promover a cura de doenças genéticas, a viabilidade de gravidez de pessoas inférteis, entre tantos outros avanços. Por outro lado, há a necessidade de controle e limitação da atuação científica. Até pouco tempo não era possível imaginar que um óvulo pudesse ter o seu desenvolvimento parado por congelamento e que depois pudesse voltar a se desenvolver. Também não se falava na possibilidade de iniciar uma gravidez após a morte, em clonagem de células, tampouco na utilização de embriões em pesquisas científicas.

À medida que as inovações foram sendo introduzidas na sociedade, os paradigmas sociais passaram a se alterar, permeando as mais variadas searas jurídicas e exigindo que a ciência do Direito viesse a se ocupar de tais questões, a fim de regulá-las.

Uma das inovações que mais têm surpreendido a sociedade advém da reprodução medicamente assistida. Ela impactou as relações familiares de maneira contundente ao ampliar as formas de gerar um filho. Até o primeiro caso de reprodução assistida no Brasil, tomava-se por base a forma de reprodução natural, a qual se dava por meio do método conceptivo decorrente da relação sexual.

Quando a reprodução passou a não mais ser entendida como decorrência única da união sexual entre pessoas de sexo oposto, as estruturas jurídicas e sociais das relações paternofiliais foram abaladas. Observa-se que as leis editadas antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 concebiam a filiação e a existência do ser humano como resultantes do fato jurídico representado pela relação sexual entre homem e mulher. O legislador civil de 1916 se baseou na forma de reprodução convencional para nortear a confecção de textos normativos que envolviam as possíveis relações jurídicas decorrentes da forma de reprodução natural, tais como a legitimação de filhos pelo casamento³⁰⁵, a presunção de parentalidade³⁰⁶ e a

³⁰⁵ Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos. BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1916]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 19 jan. 2023.

³⁰⁶ O Código Civil de 1916 subentendia a relação sexual entre os cônjuges e fazia dela decorrer a presunção de paternidade, como se observa nos artigos da lei abaixo transcritos.
Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:
1 - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339); II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

constituição de vínculo de filiação.³⁰⁷

Ocorre que os avanços científicos possibilitaram uma nova forma de reprodução e significaram a evolução do modelo natural de reprodução decorrente da relação sexual.

O desenvolvimento das técnicas assistidas de procriação resultou na possibilidade de existência de formas procriacionais diferentes das que haviam fundamentado a criação da codificação civil brasileira. Houve, então, a dissociação entre o aparato jurídico e a realidade social, de modo que o suporte legislativo de amparo às partes envolvidas nessas novas possibilidades da realidade social se mostrou esgotado.

O Código Civil de 2002 ainda não contempla uma regulação completa e abrangente sobre os efeitos da aplicação de técnicas artificiais de reprodução assistida às partes envolvidas, de modo que a legislação brasileira vigente se mostra incompatível e insuficiente para amparar as situações jurídicas diante das novas formas de reprodução. Na rotina das clínicas de reprodução assistida, comumente, tem-se realizado um acordo quando do emprego da técnica de cessão de gestação.

Diante da teoria da subsunção do fato à norma, já analisada nesta seção, discute-se se seria possível afirmar que as relações estabelecidas entre as pessoas quando envolvem manifestação de vontade para a reprodução assistida por cessão de gestação, tendo em vista que a situação inclui a disponibilidade de direito personalíssimo, podem ser recepcionadas pela legislação nacional pela *fatispécie* dos negócios jurídicos, como criadora de uma relação contratual entre as partes.

Art. 339. A legitimidade do filho nascido antes de decorridos os 180 (cento e oitenta) dias de que trata o n. I do artigo antecedente não pode, entretanto, ser contestada: I - se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher; II - se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade.

Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal, só se pode contestar provando-se: I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho; II - que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

Art. 341. Não valerá o motivo do artigo antecedente, n. II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal.

Art. 342. Só em sendo absoluta a impotência, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho. *In*: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 9 fev. 2023.

³⁰⁷ Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho (art. 229). *In*: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 9 fev. 2023.

A referida teoria da subsunção do fato à norma, que impõe a necessidade de prévio estabelecimento na lei de situações fáticas da esfera negocial, por vezes, pode conduzir a construções doutrinárias que induzem à ideia de imutabilidade de alguns institutos do direito obrigacional, tais como os conceitos de negócio jurídico, obrigação e contrato. Como afirma Paulo Lôbo:

Atribui-se ao direito das obrigações (especialmente o contratual) certa estabilidade milenar, porque, mais que os outros ramos juscivilísticos, perpetuaria os princípios que nos legaram os romanos, que asseguraram a raiz comum do grande sistema jurídico romano-germânico³⁰⁸.

No mesmo sentido, observa Pietro Perlingieri que apesar da difundida consciência da historicidade e da conseqüente relativização das categorias jurídicas, “a relação obrigacional, ainda hoje se apresenta, o mais das vezes, como categoria a-histórica “sempre igual a si mesma”, neutra; “construída individuando o mínimo denominador entre as diversas obrigações e reduzindo as diversidades a perfis descritivos e externos ao conceito, espúrios em relação a ele”.³⁰⁹

Denota-se que estes institutos são fruto da história e, portanto, adaptáveis ao contexto histórico. Desta forma, é possível observar que à medida que a sociedade se modifica tais conceitos também sofrem alteração e a suposta imutabilidade não se faz presente. Neste sentido se manifesta Judith Martins Costa:

Conceito construído doutrinariamente, o de relação obrigacional - aliás, como todos os conceitos jurídicos - não é, por isso mesmo, um conceito neutro ou dotado do atributo da imutabilidade. É modelado pela história e, por isso, variante e flexível, uma vez que no direito não existem verdades imutáveis, por não ser uma ciência de certezas matemáticas, mas de adequações normativas.³¹⁰

É possível constatar a evolução e a diferente noção do instituto contratual em diversos momentos da história. O Direito Romano não apresentava muitos modelos contratuais; só eram validados os acordos que se enquadravam no modelo de concessão do Estado soberano.³¹¹ Luiz Renato Ferreira da Silva afirma que “classicamente, os contratos dependiam de um esquema típico para serem

³⁰⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

³⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206.

³¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 383.

³¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5.

reconhecidos como geradores de uma ação e, com isso, alcançarem efeitos jurídicos próprios”.³¹²

Caio Mário da Silva Pereira afirma que, num primeiro momento, não se concebia o contrato sem a exteriorização da forma. Existiam as categorias de contrato *verbis*, no qual o elemento formal se concretizava com palavras sacramentais; contrato *re*, caracterizado pela formalidade na entrega da coisa; ou contrato *litteris*, aquele inscrito no *Codex*. Mais tarde foram reconhecidos mais quatro contratos – os de venda, locação, mandato e sociedade – os quais se celebravam pelo acordo das partes, ou seja, *solo consensus*.³¹³

Tais contratos eram regidos pelo princípio da obrigatoriedade, que se consubstanciava no brocardo *pacta sunt servanda* para compelir as partes contratantes ao estrito cumprimento do pactuado.³¹⁴ Neste período, o contrato vinculava apenas as partes, de modo que não havia a possibilidade de conter estipulação em favor de terceiro.³¹⁵

A obrigação era entendida tão somente como um vínculo jurídico que constringia uma parte a fazer algo em favor de outra, centrado no núcleo duro do conceito, com dois polos opostos que traziam a ideia de sujeição entre as partes. O não cumprimento do acordo como celebrado sujeitava os próprios corpos das partes inadimplentes. Assim, se o devedor não tivesse meios para solver a dívida podia ser preso, morto, vendido ou até esquartejado em partes tantas, quantos fossem os credores.

Tal prática se encerrou com a *Lex Poetelia Papiria*, em 326 a.C., que aboliu a sanção pessoal e implantou a patrimonial.³¹⁶ Chegou-se ao período clássico do direito

³¹² SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.

³¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 8. Neste mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo afirma que "no direito romano apareciam quatro tipos de contratos:- os consensuais, ou *consensu obligationes*, que se formavam com o simples consentimento das partes. Citam-se, ilustrativamente, a *emptio venditio*, a *locatio*, a *conductio*, o *mandatum* e a *societas*;- os reais, ou *rei obligationes*, que dependiam, para se concretizarem, da entrega prévia da coisa. São exemplos: o mútuo (*mutuum*), o comodato (*commodatum*), o depósito (*depositum*) e o penhor (*pignus*);- os verbais, ou *verborum obligationes*, originados da formação de estipulações, isto é, de uma forma solene consistente na pergunta feita pelo futuro credor (*interrogatio*), a que corresponda uma resposta do devedor (*responsio*);- os liberais, que dependiam da forma escrita. In: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5.

³¹⁴ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 215.

³¹⁵ RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In: MAQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 431.

³¹⁶ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.

contratual, período que se seguiu ao fim da Revolução Francesa, em 1789. A era das codificações, do positivismo jurídico, da crença que o que está contido na lei reflete o Direito e o que não está expressamente inserido na norma legislada não tem valor jurídico.³¹⁷

Os dois lemas defendidos na Revolução Francesa influenciavam o entendimento interpretativo dos contratos, assegurava-se a liberdade para contratar, bem como a igualdade entre os contratantes, ainda que meramente formal.³¹⁸ Assim, o Código Civil francês, conforme afirma Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, promulgado em 1804, conferia poder absoluto à vontade individual, imperando o individualismo jurídico; ideal que ia de encontro ao absolutismo romano. Na lei francesa, a autonomia da vontade podia fazer surgir todos os direitos atribuíveis ao sujeito emissor da vontade. O contrato fazia lei entre as partes, obrigando ao cumprimento do que estava acordado, independentemente da preocupação em estar ou não ferindo o interesse jurídico da coletividade.³¹⁹ Como decorrência da liberdade e da igualdade proclamadas na Codificação, o contrato era considerado intangível, inadmitindo alteração unilateral. Neste período da história prevalecia juridicamente a vontade em detrimento da lei,³²⁰ posto que o Estado Liberal não intervinha nas relações privadas.

O Código Civil alemão, em 1900³²¹, trouxe a segunda concepção de vínculo obrigacional, ratificando parcialmente os preceitos já anteriormente postos pela lei francesa, sob uma perspectiva também formalista e abstrata.³²²

Mario Luiz Delgado esclarece as relevantes contribuições da legislação alemã no campo do direito das obrigações:

O BGB, cujo conteúdo é lógico-formal sendo a linguagem excessivamente

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999. p. 65.

³¹⁸ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação descodificação recodificação**: do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 83.

³¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado: superando a crise e renovando princípios no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa Civil Brasileira. In: BAROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 119.

³²⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 90.

³²¹ BASTOS, Ricardo da Silva. Fundamento filosófico da função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Novo Código Civil**: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 183.

³²² DELGADO, Mário Luiz. **Codificação descodificação recodificação**: do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 83.

técnica, afastando-se completamente do casuísmo do direito local até então vigente, encontra-se sistematizado em cinco livros: parte geral, direito das relações obrigacionais, direito das coisas, direito de família e direito das sucessões.³²³

Destaca-se a distribuição temática que influenciou fortemente a legislação brasileira, especialmente no que tange aos direito das obrigações, assim como mais adiante também ocorreu com a lei consumerista. O Código Civil brasileiro de 1916, seguindo os moldes das codificações que o influenciaram, praticou uma substituição do Direito Natural pelo Positivo. Mostrava-se tendencialmente preocupado com a questão formal, assim, caracterizava-se pela redução do direito à forma fechada do código que, conseqüentemente, limitava seu alcance.³²⁴

Esse modelo de estrutura jurídica, de tipos legais, prevê a situação, antecipa seu comando e reduz a atividade do juiz à mera subsunção do fato ocorrido à norma. Paulo Nalin esclarece o significado da adoção desse modelo. Para o autor, o “modelo codificado é designado fechado, pois nada que seja Direito está fora do sistema do código, e tudo o que integra o sistema é Direito”.³²⁵

Neste mesmo sentido, Judith Martins Costa define esse sistema como “de auto-referência absoluta, exclusivo e excludente de tudo o mais que não estivesse em si logicamente contido”.³²⁶ Nesse período, o Estado exercia um papel de mero cumpridor do contrato, já que a lei se subjugava à determinação da vontade que era fundada nela. O contrato era um mero instrumento de satisfação de interesses privados, sem a observância da finalidade social. “O interesse patrimonial contido no contrato mostrava-se como o cerne fundamentador do vínculo entre as partes”³²⁷, além de reconhecer a propriedade como valor absoluto. Até aqui havia um direito contratual clássico liberal.

Roberto Senise Lisboa pontua que a presunção de igualdade formal³²⁸ entre as

³²³ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação descodificação recodificação**: do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95.

³²⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 105.

³²⁵ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 65.

³²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 23.

³²⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

³²⁸ A expressão autonomia da vontade, em matéria contratual “correlacionava-se de maneira acentuada com a igualdade meramente formal e considerava uma paridade muitas vezes falsamente pressuposta, da qual emergia uma vasta liberdade contratual em sua forma e em seu

partes não permitia a identificação de como se dava na prática a distribuição de direitos e obrigações dentro das relações obrigacionais. O autor esclarece que tal situação denotou a desigualdade real que existia entre as partes e promovia desequilíbrio contratual. O modelo de sistema jurídico fechado que, por um lado, aparentava uma ideia de segurança jurídica, proclamada pelo cumprimento estrito do contrato como pactuado, por outro, favoreceu a injustiça e a insuficiência da lei para equilibrar materialmente as partes e promover justiça.³²⁹

Evidencia-se que um sistema mais rígido poderia ser útil a uma sociedade na qual as relações econômicas e sociais fossem mais simples. A medida em que a sociedade vai evoluindo e gerando relações sociais e jurídicas mais complexas, inevitavelmente surgem questões que demandam soluções não identificáveis no sistema.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges esclarece que após Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945, o mundo ocidental passou por reformas sociais profundas diante da Revolução Industrial, do desenvolvimento tecnológico, da concentração de riquezas em pequenos grupos ou pessoas, da facilidade de circulação de bens e serviços, do desenvolvimento das ciências cibernéticas e do fortalecimento econômico de entidades que formaram monopólios, que passam a ditar regras do contrato. Este cenário resultou, de modo contrário ao idealizado, na ausência da autonomia da vontade da parte contratante hipossuficiente e na exaltação da desigualdade entre as partes.³³⁰

Bruno Miragem afirma que o descortinar das profundas transformações sociais e econômicas deram origem a uma nova realidade contratual, ocasionando fenômenos de massificação das relações e a consequente despersonalização do contrato, com a adoção de novas técnicas na formação de seu conteúdo, como os contratos de adesão, assim como na sua forma de celebração, como os feitos a

conteúdo", resultando "na validação e na ampla aceitação da força obrigatória dos contratos, no estabelecimento de regras rígidas para desconstituição de contratos, fundados em aspectos essencialmente formais". In: SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 35.

³²⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 95.

³³⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE. Flávio (orgs.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 40.

distância.³³¹ Surgiram críticas aos limites da teoria contratual clássica, fundada neste conceito limitador, sendo que:

essas críticas se acirram ainda mais quando se têm em vista os contratos de adesão: alguns autores chegaram a considerar o contrato como categoria extinta enquanto auto-regulamentação dos próprios interesses, pois se apenas uma parte auto-regula os próprios interesses, enquanto a outra apenas adere a essa regulamentação unilateralmente formulada, nenhum sentido mais haveria em manter o contrato inserido no gênero dos negócios jurídicos.³³²

A mudança social reclamou pela expansão da teoria contratual. Levantaram-se vozes alertando acerca de uma possível crise do paradigma contratual diante da insuficiência da teoria contratual tradicional.³³³ No entanto, há autores, dentre eles Paulo Nalin, Edson Fachin e Paulo Lôbo, que esclarecem que “a crise não é do contrato, mas do modelo de contrato, que não mais corresponde às necessidades da sociedade contemporânea”.³³⁴ Neste contexto, Paulo Lôbo assevera que:

o contrato é, pois, fenômeno cada vez mais onipresente na vida de cada um. No entanto, não é e nem pode ser categoria abstrata e universalizante, de características inalteradas em face das vicissitudes históricas. Seu significado e seu conteúdo conceptual modificaram-se profundamente, sempre acompanhando as mudanças de valores da humanidade, notadamente da sociedade brasileira.³³⁵

O sistema fechado dos códigos perdeu força e a várias situações sociais possibilitaram a percepção de que esse sistema se mostrou insuficiente para abarcar e regular as novidades. Com o advento da Constituição Federal, em 1988, observou-se o abandono da postura patrimonialista do séc. XIX. A doutrina passou a admitir, então, uma teoria geral dos contratos um pouco mais apartada da teoria obrigacional clássica e mais alinhada ao padrão axiológico determinado pela Constituição

³³¹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *In*: MAQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177.

³³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 25.

³³³ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *In*: MAQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177.

³³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

³³⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

Federal.³³⁶

De acordo com Claudia Lima Marques, o liberalismo jurídico foi mitigado para dar espaço à proteção social. A máxima contratual decorrente do Estado Liberal, na qual a cláusula *pacta sunt servanda* era regra absoluta, ou seja, as partes eram obrigadas a cumprir o que estava no contrato, passou a ser relativizada.³³⁷ Seguindo uma tendência contemporânea, resta, portanto, certa a convicção acerca da relatividade dos conceitos jurídicos – entre eles, o de contrato – já que se moldam na medida em que acompanham as mutações sociais. Essa plasticidade é característica dos ordenamentos que apresentam um sistema jurídico aberto.

É o que se depreende da doutrina de Judith Martins Costa:

Estas mutações infletem no conceito de sistema jurídico; transformando-o. Esgota-se definitivamente a concepção fechada, posta pela ciência oitocentista após a codificação, desenhando-se um conceito de sistema relativamente aberto, porque na sua origem não estará, de modo exclusivo e excludente, a fonte legislativa: ao contrário, o sistema (relativamente) aberto opera a partir da diversidade de fontes de produção jurídica, com acentuado peso à fonte judicial e com forte atenção à prática da fixação social de tipos e modelos por via costumeira, negocial e jurisprudencial.³³⁸

Observa-se que, muito embora, alguns autores entendam o contrato como o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de caráter patrimonial, o instituto contratual passou por tentativas de alargamento de algumas antigas margens de incidência, o que permitiu a remodelagem do conceito de contrato.

Nesse contexto, no Brasil surgiu a construção doutrinária pós-moderna defendida por Edson Fachin³³⁹ e Paulo Nalin,³⁴⁰ entre outros autores. Na qual, enfatiza-se, diante da hipercomplexidade ante a pluralidade de fontes materiais e formais que podem instruir uma nova relação negocial, que não se admite haver uma fórmula contratual única, capaz de dar vazão a todas as possíveis situações

³³⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 85.

³³⁷ MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 23.

³³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 32.

³³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁴⁰ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

concretas. Desta forma, sugerem o entendimento do contrato como sendo a relação “jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.³⁴¹

Roxana Borges, corroborando tal entendimento, afirma que o conceito “contemporâneo de contrato surge do ideal do estado do Bem-estar Social e da ordem civil-constitucional-social-econômica, iluminada pelos objetivos fundamentais expressos no art. 3º da Constituição Federal”.³⁴² Expõe a autora a mudança paradigmática pela qual passa o contrato, ao afirmar que “da explicação de contrato como acordo de vontades representantes de interesses opostos, passa-se a noção de contrato como vínculo de cooperação”.³⁴³ Neste contexto, Paulo Nalin declara que:

O propósito da propaganda abertura do sistema é o de se fazer reconhecer a historicidade do Direito e a modificabilidade dos seus valores fundamentais, comprometidos eles (valores), e por sua vez também os princípios, com o tempo em que a situação concreta é posta à luz do ordenamento.³⁴⁴

Considerando as alterações sociais decorrentes do acolhimento das novas tecnologias e das novas formas reprodutivas, aliadas à constatação da plasticidade do instrumento contratual, não se pode negar a abertura do sistema jurídico ao momento histórico atual tão diverso e peculiar, em comparação com outros tempos. Diante de tais argumentos, somados à construção doutrinária de Antonio Junqueira de Azevedo, pode-se concluir que a existência de negócios no plano jurídico se materializa quando as circunstâncias negociais, acrescidas dos outros requisitos da lei, consubstanciam-se no universo fático.

Por certo que as circunstâncias que permeavam um negócio jurídico em décadas anteriores não eram as mesmas de hoje. A relação negocial, antes não imaginada no contexto social³⁴⁵, atualmente, passa a ser aceita e perfeitamente

³⁴¹ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 255.

³⁴² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE. Flávio (orgs.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 20.

³⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE. Flávio (orgs.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 27.

³⁴⁴ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 6.

³⁴⁵ Antes das inovadoras técnicas de reprodução assistida não seria possível que, sem auxílio médico,

identificada pelo homem moderno. Tais mutações ficam muito evidentes quando se depara com a ideia de mãe³⁴⁶ e de pai solo³⁴⁷. A primeira, mesmo não sendo muito estranha em contextos sociais mais remotos, tem sofrido alterações na sua forma de realização; a segunda, essa sim bem recente, denota a significativa alteração das concepções sociais. A sociedade de algumas décadas atrás não conjecturava a possibilidade de realização de projeto parental por um homem sem um parceiro afetivo e sem relação sexual. Hoje, trata-se de uma realidade viável e já concretizada por homens que buscam a intervenção de uma clínica especializada e fazem a contratação de uma pessoa que auxilie gestando a prole idealizada.³⁴⁸

Verifica-se que o contexto social permitiu que essa situação viesse a ser uma realidade, de modo que qualquer pessoa que acompanhe os avanços biotecnológicos da área da saúde compreenda que um homem quando faz um acordo com uma mulher para gestar seu filho está a realizar um negócio perfeitamente possível. Em outras palavras, as circunstâncias negociais se alteraram com o tempo e a sociedade

uma mulher pudesse hospedar em seu ventre o filho de outra. O contacto social permitiu que a mãe e gestante pactuem a concretização de tal objetivo. "Isabel havia anunciado no Facebook o interesse em gerar um bebê para outra pessoa. Meses depois, estava em São Paulo, realizando exames para carregar em seu ventre o filho de um casal que respondera a seu anúncio na rede social". In: LEMOS, Vinicius. 'Carrego seu filho por 100 mil': o mercado online da barriga de aluguel. **BBC News Brasil**, Cuiabá, 9 jan. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>. Acesso em: 1 dez. 2022.

³⁴⁶ Em referência ao termo mãe-solteira, historicamente utilizado para identificar as mulheres que criam os filhos sozinhas, a expressão mãe solo tem se popularizado na sociedade atual como uma tentativa de desconstruir a definição pejorativa e relacionada ao estado civil. Por muito tempo, o termo foi tratado sob a visão do controle social nas sociedades patriarcais, na qual a maternidade se apresenta como elemento de subjugação da mulher em relação ao homem. Mudar a forma de se referir a essas mulheres visa, desta maneira, eliminar o preconceito com as genitoras que não têm qualquer relação com o pai de seus filhos, ou com mães que se separam, ou mães que optaram por serem mães sem necessariamente estar em uma relação conjugal. In: SILVA, Caroline Guimarães; CASSIANO, Kátia Kelvis; CORDEIRO, Douglas Farias. Mãe solo, feminismo e Instagram: análise descritiva utilizando mineração de dados. Goiânia, 2019. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO CENTRO-OESTE, 21., 2019, Goiânia. **Anais [...]**. Goiânia: INTERCOM, 2019. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/centrooeste2019/resumos/R66-0561-1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

³⁴⁷ No caso de casais do sexo masculino, haverá a necessidade de encontrar uma doadora de óvulos. Nesta situação, a doadora deverá, obrigatoriamente, ser anônima, não podendo ser parente e, ao mesmo tempo, ser voluntária, uma situação extremamente difícil e de grande altruísmo pois não existem banco de óvulos como os de sêmen, tendo a doadora que doar voluntariamente e passar por um tratamento hormonal de indução ovariana para depois serem retirados os óvulos para a realização da Fertilização in vitro. O procedimento então, não é igualitário e proporcional a todos os tipos de famílias. In: ARAÚJO, Ana Paula. A cessão temporária de útero x a barriga de aluguel. **News F5**, 2022. Disponível em: <https://www.f5news.com.br/blogs-e-colunas/direito-de-familia/a-cessao-temporaria-de-utero-x-a-barriga-de-aluguel.html>. Acesso em: 31 jan. 2023.

³⁴⁸ MACHADO, Simone. O sonho da paternidade que faz homens solteiros buscarem barriga de aluguel no exterior. **BBC News Brasil**, São Paulo, 30 set. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-63059996>. Acesso em: 1 dez. 2022.

contemporânea consegue identificar tal alteração para compreender e admitir que o acordo entre o homem e a gestante se refere a um contrato obrigacional que está a vincular as duas partes, ainda que a legislação ainda não contemple inteiramente a nova situação já previamente concebida pela sociedade.

O referido exemplo permite observar, em conformidade com a teoria de Antonio Junqueira de Azevedo, que se a norma prevê a existência de negócios jurídicos quando as circunstâncias que estão presentes no momento de celebração do pacto indicarem um contexto negocial real entre as partes, não se pode negar a flexibilidade do sistema jurídico para contemplar a natureza negocial de novos arranjos. Entre eles, o acordo de cessão de gestação.

Não se pode negar que quando um casal negocia a gestação com outra mulher, no pacto reprodutivo, estão presentes as circunstâncias negociais características do mundo moderno, que permitem que as partes creiam fidedignamente que estão, no ato humano, vinculando-se negocialmente. A real e consciente criação de vínculo entre as partes se estabelece ainda que elas não tenham total compreensão de se e como tal negócio repercutirá, na esfera jurídica, haja vista a configuração das circunstâncias que indicam a séria pactuação entre elas.

Acrescenta-se que mesmo comportamentos negociais não tão evidentes, em um determinado momento histórico, já são suficientes para caracterizar esse elemento essencial do negócio jurídico. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, referindo-se sobre as circunstâncias negociais – ao citar Antônio Junqueira de Azevedo – explica que para o reconhecimento da exata noção dos efeitos jurídicos do negócio basta a consciência generalizada, ainda que mais ou menos nebulosa, de que há determinados modos de comportamento, que vinculam quem os pratica.³⁴⁹

Sobre isso, ensina Antonio Junqueira de Azevedo, que:

Realmente, no seu próprio meio social, quem deseja realizar um negócio jurídico dificilmente deixará de saber, para o realizar, qual a atitude a tomar; nem sempre saberá qual a exata atitude que deve tomar para que seu ato seja válido, nem sempre saberá quais são todas as consequências jurídicas de seu ato, mas é evidente que sempre terá uma noção de quais os atos que, na sociedade em que vive, são "jurídicos" (isto é, quais os atos que são vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos, quais os atos que são negócios jurídicos).³⁵⁰

³⁴⁹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 33-34.

³⁵⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 142.

Desta forma, toda vez que uma situação concreta é vista, recebida e aceita socialmente como passível de negociação, naquele contexto histórico e social, ou seja, sempre que as circunstâncias negociais sugerirem um negócio jurídico, atende-se a esse requisito circunstancial para que a lei compreenda a adequação do caso concreto ao suporte fático previsto na norma e se abre o sistema jurídico para abarcar um novo direito obrigacional, que tem como fonte um novo costume social, desde que seguido pelos demais requisitos previstos em lei.

Observa-se, ainda, que a adequação do caso concreto à norma em abstrato nem sempre precisará ser completa, ou seja, a situação concreta do mundo dos fatos não completamente precisa estar prevista em abstrato na norma para que se dê a subsunção. Por certo que as mutações sociais podem resultar em uma não completa previsão da *fatispécie* pela norma, tendo em vista que é a norma que acompanha os fatos, sendo, portanto, ela, por vezes, desatualizada com relação a fatos novos. No entanto, a ausência de adequação completa da situação concreta à norma abstrata não é capaz de impedir o reconhecimento do fenômeno no universo jurídico.³⁵¹

Do mesmo modo, a abertura do sistema normativo não implica em afronta à teoria da subsunção do fato à norma, posto que, conforme afirma Antonio Junqueira de Azevedo, se no plano da existência é indispensável fazer referência aos padrões culturais que entendem como jurídicos certos atos, o direito, nos planos subsequentes, age soberanamente sobre o dado que lhe foi fornecido, dando ou negando validade e eficácia.³⁵² Significa dizer que a possibilidade de mudança do entendimento sobre um contrato em cada época e instante social se deve à possibilidade de adequação mesmo que incompleta da *fatispécie* prevista na norma, tendo em vista aspectos

³⁵¹ Emilio Betti esclarece sobre a possibilidade de desenvolvimento gradual de situações jurídicas à *fatispécie* normativa. Neste sentido afirma que “quando a *fatispécie* não se realiza por uma só vez, mas por gradações, através de uma progressão de fases intermédias, à *fatispécie* incompleta pode corresponder uma situação jurídica preliminar, que às vezes dá lugar ao fenômeno da pendência, e a uma expectativa com ela conexa. Por isso, na consideração científica do fenômeno, a denominação de situação jurídica (*Rechtslage*) foi, primeiramente, empregada para essas situações preliminares e reservada para situações semelhantes. Mas, no fundo, essa limitação é arbitrária, porque não corresponde ao significado comum da expressão, que é muito mais geral e amplo, nem corresponde àquele sentido de gradação que explica o desenvolvimento de uma outra situação jurídica. Porém, logo que se completem os vários elementos de facto constitutivos e, por conseguinte, esteja realizada a totalidade da *fatispécie* prevista pela norma, a nova situação jurídica que ela determina produz-se automaticamente e, em regra, sem efeito retroactivo”. In: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 23-24.

³⁵² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 144.

indeterminados do suporte fático.

Significa que pode haver aspectos indeterminados do suporte fático, como ocorre nos negócios biojurídicos. Pode acontecer do suporte fático abstrato na lei ser insuficiente para abarcar na integralidade do ato concreto a situação descrita e tal indeterminação não vir a gerar a desconfiguração do fato como jurídico.

É o que Marcos Bernardes de Mello explica na seguinte passagem:

Parece evidente que, havendo indeterminação, o suporte fático é até certo ponto livre às pessoas, donde não ficarem limitadas a tipos negociais preestabelecidos. Do mesmo modo, se o preceito não prescreve o conteúdo eficaz da relação jurídica e, portanto, não define os direitos = deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções correspondentes, é permitido aos figurantes do negócio (partes) estruturar a própria relação jurídica que se criará com o negócio jurídico, utilizando-se das espécies eficazes encontráveis no sistema jurídico e até criando novas que com ele não sejam incompatíveis. Casos de indeterminação são, de ordinário, encontrados no campo do Direito das Obrigações, onde, em geral, são *numerus apertus* as espécies negociais e, mesmo aquelas reguladas, quase sempre o são, apenas, dispositivamente. Por isso, é admissível aos interessados criar instrumentos não previstos nas leis para satisfazerem às suas necessidades negociais.³⁵³

A partir de tal consideração, identifica-se o espaço de abertura do sistema para ampliar a análise da manifestação de vontade que envolve direitos personalíssimos, a fim de considerá-los negócios biojurídicos. Diante das mutações sociais, que passam a conceber novos arranjos contratuais, e mesmo que o suporte fático não se adeque exatamente ao caso concreto, não se pode negar a possibilidade de recepção pelo ordenamento do referido negócio.

Observa-se que as circunstâncias negociais, enquanto elemento essencial estruturante de um negócio jurídico, estão presentes nos acordos de cessão de gestação e, muito embora não se possa tratar ainda da validade e da eficácia deste acordo, a verificação das circunstâncias negociais, associadas aos outros elementos essenciais gerais (objeto e forma), conforme descrito em linhas atrás, já são suficientes para, neste nível de abstração, determinar a passagem da situação concreta do mundo dos fatos para o universo jurídico, determinando a existência do negócio.

Identificada a aproximação da técnica de cessão de gestação com o instituto contratual previsto no ordenamento jurídico-civil, passa a interessar a este trabalho a

³⁵³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 157.

investigação sobre o seu *nomen iuris* mais tecnicamente adequado. Para tanto, parte-se da análise dos títulos de cada tipo negocial previamente descritos na lei e já usualmente empregados pela doutrina à situação fática em comento, o que será feito no próximo tópico.

3.7 NEGÓCIOS EXISTENCIAIS

É certo que o contrato, tendo natureza secular, resistiu às transformações sociais, econômicas, políticas e às diversas formas de aplicação do Direito até os dias atuais exatamente por conta da flexibilidade e capacidade de adaptação a novos paradigmas. Há uma clara consciência da doutrina acerca da historicidade do instituto contratual e da sua capacidade de relativização em cada contexto social, conforme as circunstâncias negociais aceitáveis em cada momento histórico e social. Diante deste aspecto mutante, no qual o contrato pode se apresentar, a doutrina tem inaugurado uma nova classificação, a dos contratos existenciais.

Enquanto a doutrina tradicional classificava os contratos levando em consideração critérios como a quantidade de partes integrantes (sendo unilateral ou bilateral), sua estrutura (principal ou acessória), a forma de cumprimento (solene ou informal), o tema de interesse (civil, empresarial, entre outros), a doutrina moderna apresenta uma nova dicotomia contratual, qual seja: a dos contratos existenciais e os de lucro.

Investiga-se, neste ponto da pesquisa, como a doutrina vem definido os contratos existenciais e se há uma relação entre eles e os direitos da personalidade, tendo em vista que, inicialmente, diz-se que este tipo de acordo se presta a garantir um mínimo existencial à pessoa humana³⁵⁴, o que pode, portanto, guardar íntima relação com os referidos direitos intrínsecos do ser humano. Assim, Antônio Junqueira Azevedo propôs uma nova distinção dos contratos com relação ao benefício

³⁵⁴ Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, 2008.

econômico perseguido ou não pelas partes, qual seja: a que se denomina de contratos existenciais ou de lucro.³⁵⁵

Os contratos existenciais visam suprir necessidades existenciais da pessoa e têm como objeto um conteúdo humanizante e personalizado que ultrapassa a patrimonialidade, enquanto nos contratos de lucro se destaca a transferência de riqueza como prestação principal.

Rafael Ferreira Bizelli sintetiza algumas características identificadoras dessa nova classificação:

Enquanto que os contratos existenciais têm ao menos como uma das partes as pessoas naturais (e aqui o autor equipara as pessoas jurídicas sem fins lucrativos), nos contratos de lucro as partes são empresas, profissionais. Ao passo que nos contratos existenciais a(s) partes(s) buscam sua subsistência e, por não serem "destratáveis", devem ter suas necessidades fundamentais atendidas, nos contratos de lucro as partes buscam o lucro e, em sendo incompetentes, em não conseguindo sobreviver no mercado ou na vida profissional, podem ser "descartadas", como consequência natural do processo econômico competitivo. Ainda, enquanto nos primeiros o juiz pode e deve interferir na relação contratual para garantir os interesses existenciais, como a vida, a integridade física, saúde, habitação, etc., nos últimos, a intervenção judicial deve ser evitada para que não se perturbe o funcionamento do mercado e, assim, reste preservada a racionalidade econômica.³⁵⁶

Já Fernando Noronha³⁵⁷ sugere uma análise funcional para diferenciar os contratos existenciais dos de lucro. Para o autor, o bem jurídico objeto da prestação considerado em si mesmo não é suficiente para determinar se o contrato é existencial ou não, mas sim a relação com a realização existencial da pessoa humana. Esclarece que embora a prestação possa ter conteúdo patrimonial, o interesse buscado na contratação pode atender às demandas existenciais da parte contratante, como estar ligado à saúde da parte ou de sua família, a seus projetos intelectuais, a sua educação etc.

Tereza Negreiros adotou o paradigma da essencialidade para caracterizar um bem contratado enquanto bem essencial, útil ou supérfluo, passando essa qualificação

³⁵⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, n. 832, fev. 2005.

³⁵⁶ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contratos existenciais**: evolução dos modelos contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 302.

³⁵⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

a ser considerada um fator determinante na classificação de um contrato existencial, haja vista que, para a autora, quanto maior a essencialidade do bem objeto deste pacto maior será a interferência estatal na formação, desenvolvimento e (in)adimplemento dele.³⁵⁸

Há autores que aproximam os contratos existenciais dos chamados negócios extrapatrimoniais. Juliana Pavão e Rita Espolador³⁵⁹ lembram que José Abreu Filho classifica os negócios jurídicos em patrimoniais e extrapatrimoniais. No primeiro caso, há uma natureza econômica, enquanto no segundo é o contrário, não há avaliação econômica, posto que têm como objeto direitos da personalidade.

Observa-se que no que tange ao conceito, à abrangência e às delimitações acerca dessa classe de contratos existem pontos não tão bem delineados entre as teorias que têm sido apresentadas pelos autores. Daí a relevância de se buscar pontos comuns para poder determinar se estes contratos podem ter como objeto um direito personalíssimo, tendo em vista que esses direitos configuram uma classe especial e complexa de garantias civis e constitucionais muito caras à pessoa humana. Os direitos personalíssimos enaltecem a função de proteção do ser humano atribuída ao Estado; são fundamentados na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inc. III, que versa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana; compõem o conjunto de atributos próprios do indivíduo e são caracterizados, em regra, como absolutos, indisponíveis e invioláveis.

Nas linhas anteriores já se constatou que a jurisprudência e a doutrina clássica afirmam que o direito contratual não se apresenta como um instrumento adequado para regular direitos personalíssimos, tendo em vista ser um instituto criado para versar sobre o exercício de autonomia das pessoas em questões meramente patrimoniais. Entretanto, a partir da interpretação da corrente doutrinária que defende a classe de contratos existenciais a problemática foi delineada, haja vista que tais contratos necessariamente envolveriam o valor da personalidade e da dignidade, externados por meios de interesses existenciais.

³⁵⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 388.

³⁵⁹ PAVÃO, Juliana Carvalho; GOIS, Paula Barbosa de; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Negócios biojurídicos e seus limites. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 289-315, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/303/266> . Acesso em: 22 mar. 2021.

Como já analisado na seção inicial deste trabalho, há bens jurídicos que são considerados, preliminarmente, como indisponíveis. Os direitos da personalidade, que embora possam adquirir uma repercussão patrimonial, versam sobre situações existenciais e não têm cunho pecuniário, haja vista sua essência não apresentar o enfoque no *ter*, mas sim no *ser* da pessoa humana.

Conforme esclarece Danilo Doneda:

A aplicação dos direitos subjetivos aos direitos de personalidade encontrou objeção no fato de o instituto do direito subjetivo ter sido elaborado, tradicionalmente, para a categoria do *ter*, e não do *ser*, ou seja, para a tutela do patrimônio, cujos os bens objetos eram exteriores ao sujeito, refletindo, assim, a ideologia novecentina (GADIEL, 1997, p. 16). No caso dos direitos da personalidade, os bens objeto de tutela são indissociável de seus titulares. Sustentava-se que tutelar os interesses existenciais através de uma categoria cujo campo tradicional de aplicação é tutela dos interesses patrimoniais seria, à primeira vista, um fator limitador de sua atuação. Esta situação foi alterando paulatinamente.³⁶⁰

Tais direitos estariam fora do âmbito de pactuação de um negócio jurídico. Entretanto, há doutrinadores que entendem ser possível a contratualização de situações existenciais, ou seja, aquelas que têm como objeto uma obrigação que visa suprir necessidades existenciais da pessoa e não, unicamente, o lucro.

Isso se deu com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil de 2002, quando se vislumbrou a despatrimonialização de todos à sistemática jurídica, inclusive do Direito Civil, que se afastou das linhas interpretativas liberais oitocentistas para culminar numa renovada visão da pessoa humana e a consequente re colocação dela como centro e fim último das codificações. Tal movimento ampliou o alcance dos direitos da personalidade.

Em que pese, portanto, o direito na sua feição clássica limitar o objeto da relação obrigacional contratual aos bens patrimoniais ou econômicos, o passar do tempo, entretanto, demandou uma transformação desses conceitos pela força com que os fatos acabaram se impondo, mesmo que essas relações não tenham tido, até os dias atuais, regulação.³⁶¹ Hoje a visão pós-moderna admite a contratualização de situações subjetivas existenciais, e não apenas das aferíveis patrimonialmente.

³⁶⁰ DODENA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 45.

³⁶¹ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

Pietro Perlingieri, considerando a nova dogmática contratual constitucionalizada, admite a possibilidade de relações obrigacionais que tenham como objeto interesses não patrimoniais, esclarece que:

a diversificação dos interesses deduzidos na relação obrigacional, com a evidenciação também daquelas não-patrimoniais destinadas a caracterizar a concreta ordem, postula, por um lado, a reconstrução do crédito e do débito como situações subjetivas complexas nos conteúdos – identificados variadamente em poderes, obrigações, faculdades, ônus -, e por outro, a apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e aos princípios fundamentais e, portanto, orientada a atuar-se em função constitucional.³⁶²

Roberto Senize corrobora o mesmo entendimento, ao afirmar que o objeto mediato de uma relação contratual não se limita, como anteriormente se propugnava, a sua economicidade e ao fato de ser corpóreo. Para o autor, tanto os bens materiais como os imateriais podem, então, ser considerados como objeto de um contrato. E o mesmo se pode afirmar acerca dos direitos de conteúdo econômico e daqueles que são classicamente denominados direitos extrapatrimoniais.³⁶³

De acordo com José Abreu Filho, é possível que os negócios jurídicos sejam classificados em negócios patrimoniais e extrapatrimoniais. Nesse sentido, esclarece o autor que os primeiros são aqueles que se projetam no mundo à mercê da produtividade de efeitos de natureza econômica, e os segundos são de essência diametralmente oposta, sem nenhum reflexo econômico, sendo insuscetíveis de avaliação de ordem pecuniária.³⁶⁴ Desta forma, pela visão clássica, o contrato não poderia ter como conteúdo os direitos da personalidade; enquanto que à luz da teoria contratual pós-moderna se torna possível ter um direito da personalidade como objeto da relação contratual, haja vista que o entendimento do conceito de contrato não se limita mais a abranger relações patrimoniais que versem unicamente sobre vínculos entre credores e devedores em polos opostos.

A noção contemporânea de contrato³⁶⁵ se refere a um conjunto complexo de obrigações que são recíproca e simultaneamente assumidas pelas duas partes que se comprometem, com base em princípios éticos encartados na lei civil, como a solidariedade e a boa-fé, a unirem esforços para concretizar direitos manifestados

³⁶² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211.

³⁶³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.

³⁶⁴ ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 93.

³⁶⁵ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

formalmente no pacto e que tenham como objetivo derradeiro a concretização de direitos personalíssimos e da dignidade da pessoa humana.

Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Rafael Ferreira Bizelli e Vinícius Cesar Félix entendem, a partir da visão de Antônio Junqueira de Azevedo, como contrato existencial aquele no qual se leva em conta a existência de interesse extrapatrimonial por uma parte contratante, além do interesse patrimonial. Esclarecem que:

Enquanto que para a parte dominante o objeto representa apenas interesse patrimonial, visto que visa o lucro, para a outra o objeto apresenta duas ordens de interesses, sendo a primeira extrapatrimonial e a segunda patrimonial. Verifica-se, portanto, que para a parte “vulnerável”, a extrapatrimonialidade do objeto é mais importante do que a sua patrimonialidade, haja vista não ter em conta o lucro, mas sim um bem existencial, relacionado ao mínimo existencial.³⁶⁶

Observa-se que, além do foco no interesse buscado pela parte contratante, um outro elemento se soma quando se busca classificar um contrato existencial. Os autores enfatizam que ao menos uma das partes deve ter por objetivo adquirir um bem essencial à dignidade e à sobrevivência.

Neste sentido:

Em se tratando de relações de consumo onde o consumidor sabidamente adquire o bem para uso pessoal e portanto presumidamente para sua existência e vida digna, e assim se sujeita à vontade do fornecedor para adquirir o produto ou serviço de que necessita; e mais ainda nos contratos de consumo em que o objeto da relação seja um bem essencial não só à dignidade humana como também à sobrevivência da pessoa humana – alimentos, remédios, moradia, entre outros.³⁶⁷

Desta forma, destacam os critérios que consideram relevantes, posto que, para os autores, a relação de consumo, antes de ser patrimonial e obrigacional, apresenta um caráter genericamente existencial, na medida em que seu objeto tem um fim não econômico e necessário à materialização da dignidade humana.³⁶⁸

³⁶⁶ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/vulnerabilidade-hipossuficiencia-no-contrato-739822149>. Acesso em: 4 fev. 2022.

³⁶⁷ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/vulnerabilidade-hipossuficiencia-no-contrato-739822149>. Acesso em: 4 fev. 2022.

³⁶⁸ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-

Os autores Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza Lima, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos Santos e Roberto Wagner Marquesi ao analisarem a viabilidade da aplicação conceitual dos contratos existenciais a partir de uma situação fática específica relativa ao contrato de locação para a subsistência e de uma ação de despejo por denúncia vazia, acabaram por apresentar elemento que, para eles, é relevante na caracterização dos contratos existenciais.

Realçando um caso concreto de locação não residencial em que o locatário foi surpreendido por uma ação de despejo por denúncia vazia, ou seja, aquela na qual a retomada do imóvel pelo locador é solicitada sem nenhuma justificativa, após o término do período de locação em contrato por escrito e com prazo similar ou superior a trinta meses, conforme a Lei nº 8.245/91, os autores destacaram que o locatário utilizava o imóvel para sua subsistência, assim, a desocupação do imóvel paralisaria as suas atividades econômicas por mais de seis meses e, com isso, prejudicaria a manutenção e o sustento pessoal e familiar. Por essa razão, o locatário, invocando o mínimo existencial a ser garantido pelo Estado, buscava barrar a procedência do despejo.³⁶⁹ Os autores tomam como referência o conceito de contrato existencial trazido por Antônio Junqueira de Azevedo. Expõem que:

Contratos existenciais tratam-se de instrumentos realizados, quase sempre, entre particulares cujo objeto da contratação visa a sua subsistência, com vistas a atender as necessidades fundamentais do indivíduo, como por exemplo, direito à vida, à saúde, à integridade física e à habitação.³⁷⁰

Os autores observam que o referido conceito tem sido adotado, inclusive, em sede jurisprudencial. Citam o Recurso Especial nº 1450134/SP:

Corrobora com esse pensamento, recente decisão proferida no Supremo Tribunal de Justiça em 2016, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, na qual definiu contratos existenciais como os que possuem como “objeto bem de natureza essencial à manutenção da vida e ao alcance da dignidade,

188, mar. 2017. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/vulnerabilidade-hipossuficiencia-no-contrato-739822149>. Acesso em: 4 fev. 2022.

³⁶⁹ LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. **Revista Civilistica**, v. 7, n. 3, p. 1-24, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373>. Acesso em: 25 mar. 2022.

³⁷⁰ LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. **Revista Civilistica**, v. 7, n. 3, p. 1-24, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373>. Acesso em: 25 mar. 2022.

e, por esse motivo, o atributo econômico, presente em qualquer relação negocial, pode e deve sofrer ponderações razoáveis em face do valor da vida humana.³⁷¹

Percebe-se, portanto, que, para os pesquisadores, um dos paradigmas determinantes do enquadramento de um acordo como sendo existencial repousa sobre o tipo de bem objeto da contratação. Assim, os autores fixam importante posicionamento ao estabelecerem a conexão entre direitos existenciais e os objetos de acordos negociados:

Partindo do pressuposto que os direitos existenciais da pessoa podem fazer parte do objeto de negócios jurídicos é que se justifica a classificação apresentada por Antônio Junqueira de Azevedo quanto aos contratos existenciais, isto porque possuem a finalidade de humanizar as propriedades econômicas pertencentes aos contratos.³⁷²

Evidencia-se, na citação acima, o entendimento dos autores quanto à necessidade de reverência da teoria contratual clássica às necessidades humanas em sede existencial e não somente patrimonial. Daí ser imprescindível uma releitura da dogmática contratual à luz do caso concreto analisado pelos autores.

Notou-se que o objeto do contrato analisado no ensaio era a locação de um bem imóvel não residencial, no qual o despejo do pequeno empresário, ainda que de maneira indireta, afetaria substancialmente a sua dignidade e os seus direitos existenciais, posto que se atentava não somente sobre aspectos patrimonialistas, mas também àqueles que abarcam a dignidade humana. Destarte, os autores entenderam que esse caso concreto retratava um contrato existencial.³⁷³

Já os autores Wilson Engelmann, Arthur Pinheiro Basan e Carlos José de Cores Helgera corroboram com o tema estudado com o texto intitulado “Contrato liberal ao

³⁷¹ LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. **Revista Civilística**, v. 7, n. 3, p. 1-24, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373>. Acesso em: 25 mar. 2022.

³⁷² LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. **Revista Civilística**, v. 7, n. 3, p. 1-24, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373>. Acesso em: 25 mar. 2022.

³⁷³ ENGELMANN, Wilson; BASAN, Arthur Pinheiro; HELGERA, Carlos José de Cores. Do contrato liberal ao contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 33, ago. 2019. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3527>. doi:<https://doi.org/10.18256/238-0604.2019.v15i2.3527>. Acesso em: 2 abr. 2022.

contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual”, ao buscarem afastar a interpretação do contrato como mero jogo liberal de interesses entre as partes e, principalmente, ao destacarem o negócio jurídico como instrumento para a efetivação de direitos fundamentais, de modo que as partes contratuais devem zelar pela pessoa que, dentro da negociação, guarda uma situação jurídica evidentemente existencial. Afirmam que no contexto do Direito contratual privado brasileiro o ser humano deve se enquadrar como centro normativo em todas as suas potencialidades, inclusive na esfera contratual.

Neste sentido, destacam que:

o ser humano não pode ser ator no cenário econômico, mas sim, a pessoa deve servir do patrimônio e não servir ao patrimônio. Neste sentido a propriedade, o patrimônio e, especialmente o contrato, devem ser instrumentos para a realização da dignidade da pessoa humana, em evidente resgate do humanismo esquecido pelo excesso de massificação social.³⁷⁴

Enfatizam, desta forma, que é preciso considerar o direito fundamental que garante a existência digna da pessoa humana como um valor maior nas relações jurídicas negociais e que isso pode ser efetivado nos chamados contratos existenciais, mesmo estando presente a situação patrimonial.

Neste mesmo sentido, e com grande valia para esta pesquisa, é o aporte trazido pelas autoras Débora Fernandes Pessoa, Lorena Pereira dos Santos e Raquel da Silva Marinho, ao tratarem sobre a essencialidade e a vulnerabilidade no consumo de água para a jurisprudência no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em artigo publicado em 2020, haja vista abordarem especificamente os direitos da personalidade como possíveis objetos dos contratos existenciais. O foco do estudo das autoras se encontra na proposta de análise jurisprudencial acerca da vulnerabilidade do consumidor nos contratos de fornecimento de água tratada. Iniciam clarificando que os interesses que envolvem as questões jurídicas podem ser patrimoniais quando envolvem bens e valores economicamente apreciáveis ou existenciais, quando se referem a direitos personalíssimos, essenciais para a manutenção da dignidade humana.

³⁷⁴ ENGELMANN, Wilson; BASAN, Arthur Pinheiro; HELGERA, Carlos José de Cores. Do contrato liberal ao contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 33, ago. 2019. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3527>.doi:<https://doi.org/10.18256/238-0604.2019.v15i2.3527>. Acesso em: 2 abr. 2022.

Em conformidade com a doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, sustentam que há contratos nos quais não se busca aferir lucro e outros que, apesar de manterem o interesse patrimonial, têm por objeto principal um interesse extrapatrimonial, sendo eles os ditos contratos existenciais. Neste sentido, afirmam que:

Os contratos essenciais são aqueles em que pelo menos uma das partes envolvidas não tem como interesse o lucro. Aqui é interessante dizer que os contratos essenciais são também chamados de existenciais, de modo que ambas as expressões demandam a mesma ideia.³⁷⁵

Desta forma, citando Arthur Pinheiro Bassan, utilizam-se do critério da essencialidade para definir os contratos existenciais e estabelecem que o contrato que tem o fornecimento de água como objeto é contrato dessa espécie, posto que se refere às necessidades vitais básicas a serem atendidas ao sujeito que trabalha e a sua família. Citam também, de modo não taxativo, os serviços de distribuição de energia elétrica, o acesso à educação, à saúde e aos meios de comunicação como bens jurídicos essenciais que, quando figuram na qualidade de objeto de um contrato, tornam possível classificá-lo como existencial. Assim, relacionam a essencialidade do objeto do contrato a maior ou menor potencialidade para alcançar de dignidade dos cidadãos e estabelecem esse critério para a definição da nova dicotomia contratual.

Há que se registrar, também, nesta pesquisa, o estudo feito por Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira, evidenciado no artigo "Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo", que objetivou verificar a nova classificação apresentada por Antônio Junqueira de Azevedo quanto aos contratos existenciais e contratos empresariais, revelando a estrutura e os princípios contratuais, as razões dessa nova taxonomia, bem como a função e a finalidade dos contratos existenciais.

Os autores citam, exemplificativamente, casos de negócios de atendimento à subsistência humana como contratos existenciais, tais como os que têm como objeto perseguido o atendimento à saúde, à manutenção da vida, o salvamento em situações periclitantes, o acesso à moradia, à propriedade imobiliária como bem de família, à

³⁷⁵ MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa; SANTOS, Lorena Pereira dos; MARINHO, Raquel da Silva. Essencialidade e vulnerabilidade no consumo de água para a jurisprudência no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no STJ. **Revista de Direito**, v. 12, n. 2, p. 1-24, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9968>. Acesso em: 23 mar. 2022.

educação, ao trabalho, à energia elétrica, ao transporte, aos meios de comunicação e provedores virtuais, dentre outras possibilidades.³⁷⁶

Percebe-se que o entendimento dos autores vai ao encontro do conceito de Antônio Junqueira de Azevedo ao afirmarem que os contratos existenciais cumprem utilmente a tarefa de desenvolvimento da pessoa, porque são destinandos a determinado fim, qual seja: a própria intangibilidade da pessoa, do mínimo existencial e de seus direitos fundamentais. Não deixam dúvida de que a nova proposta classificatória encarta um novo paradigma interpretativo das relações contratuais no qual a prestação nos contratos privados de cobertura às necessidades dos utentes “personaliza-se” ou “humaniza-se”, posto que “o fim principal do Direito Civil é a tutela da personalidade do indivíduo humano”.³⁷⁷

Rafael Ferreira Bizelli, acerca da delimitação de um conceito de contrato existencial, firma relevante contribuição à temática ao diferenciar o objeto prestacional de um contrato do interesse das partes. Esclarece que ao menos em uma das partes de um contrato existencial, ainda que o objeto prestacional seja patrimonial, o interesse envolvido estará diretamente relacionado com a dignidade e/ou a personalidade do contratante, caracterizando os chamados interesses extrapatrimoniais.³⁷⁸ Nota-se que autor cita expressamente a personalidade como um bem tutelável por meio dos contratos existenciais e, tendo como marcos teóricos os autores Pietro Perlingieri, Antonio Junqueira de Azevedo e Teresa Negreiros, conceitua esse tipo contratual como sendo:

aqueles em que, ao menos para uma das partes contratantes, não há objetivo de lucro, de modo que, para esta parte, o objeto prestacional se caracteriza mais pela sua expatrimonialidade do que pela sua patrimonialidade, haja vista ser um objeto relacionado à existência da pessoa, essencial à plenitude de sua dignidade e/ou personalidade, o que, por caracterizar uma situação subjetiva existencial, exige a proteção e aplicação de ferramentas normativas

³⁷⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 79, p. 265-308, jul./set. 2011.

³⁷⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 79, p. 265-308, jul./set. 2011.

³⁷⁸ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira De Direito Civil**, v. 6, n. 4, 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/83>. Acesso em: 4 fev. 2022.

específicas, distintas das comumente utilizadas para as situações essencialmente patrimoniais.³⁷⁹

Já Nelson Molon Júnior, por meio da contextualização do cenário social e jurídico, extrai considerações sobre o conceito de contrato existencial e sua aplicabilidade na contemporaneidade, demonstrando que os contratos existenciais se relacionam com as características do objeto do bem contratado para a proteção de direitos do homem e exercem importante função na aplicação de casos práticos.

Quanto ao objeto desta contratação, o autor esclarece, ao citar Antonio Junqueira de Azevedo, que busca assegurar os direitos à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc., de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens possam ser desconsideradas.³⁸⁰ Nota-se, portanto, que o pesquisador considera expressamente a possibilidade de os direitos personalíssimos figurarem como objeto de um contrato existencial, tendo em vista que a vida e a integridade física pertencem ao conjunto de direitos inatos e personalizados do homem.

Demonstra a amplitude que essa classe contratual pode assumir ao citar Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que afirma que quando se tem como objeto do contrato bens “que se relacionam à saúde, moradia, alimentação, vestuário e obrigações alimentares ou assumidas no interesse da família, trata-se indubitavelmente de um contrato existencial”.³⁸¹ Por conseguinte, alarga ainda mais os contornos de alcance dos contratos existenciais ao esclarecer que entre eles se encontram todos os contratos de consumo, de trabalho, de locação residencial, de compra de casa própria e, de uma maneira geral, todos aqueles que dizem respeito à subsistência da pessoa humana.³⁸²

Nelson Molon Júnior cita também o posicionalmente de Teresa Negreiros, ao sugerir a utilização do “paradigma da essencialidade” para classificar os contratos de acordo com a sua utilidade existencial, assim, Molon fixa a relação existente entre os

³⁷⁹ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira De Direito Civil**, v. 6, n. 4, 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/83>. Acesso em: 4 fev. 2022.

³⁸⁰ MOLON JÚNIOR, Nelson. Contratos existenciais e a sua aplicabilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 19, ano 6, p. 113-134, 2019. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/594>. Acesso em: 4 fev. 2022.

³⁸¹ MOLON JÚNIOR, Nelson. Contratos existenciais e a sua aplicabilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 19, ano 6, p. 113-134, 2019. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/594>. Acesso em: 4 fev. 2022.

³⁸² MOLON JÚNIOR, Nelson. Contratos existenciais e a sua aplicabilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 19, ano 6, p. 113-134, 2019. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/594>. Acesso em: 4 fev. 2022.

referidos contratos e a natureza do bem perseguido pela parte contratante, haja vista que, para Tereza Negreiros, as relações contratuais seriam qualificadas de acordo com a natureza do bem, sendo que as situações existenciais teriam primazia sobre as situações patrimoniais. Desta forma, com a utilização do paradigma da essencialidade haveria uma tutela qualitativamente diversa, visto que nas situações patrimoniais o objeto é o enriquecimento da parte, enquanto nas situações existenciais é a sua subsistência³⁸³. Molon observa que:

Acerca do mínimo essencial para uma vida digna, embora não exista um rol taxativo expresso, há uma forte relação com o núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana, ou seja, deve-se considerar que o seu conteúdo apenas será realizado se considerado individualmente cada caso concreto, visto que se deve levar em conta a condição pessoal das partes, assim como a essencialidade do objeto para o desenvolvimento da pessoa humana.³⁸⁴

A par da análise qualitativa deste e de todos os autores aqui citados, ressalta-se que o possível objeto de um contrato existencial está intimamente ligado a um direito existencial, a um direito fundamental ou à efetivação do princípio da dignidade humana. Tal compreensão pode abrir caminho para a construção de uma exegese que relacione diretamente os direitos da personalidade aos ditos contratos existenciais.

Conclusivamente, pode-se, portanto, depreender três importantes critérios para identificar um contrato existencial. O primeiro se consubstancia no interesse não patrimonial almejado por uma das partes contratantes, ainda que ela, ao mesmo tempo, busque interesses patrimoniais.

O segundo viés se refere ao objetivo granjeado pelo acordante, que deve ser sempre o alcance de um bem essencial à dignidade e à sobrevivência. A terceira característica comum identificada se refere ao elemento subjetivo desse tipo de relação contratual. Evidenciou-se, nesta classe de contratos, a pessoa natural figurando em um dos polos contratantes.

Pode-se observar também que tais critérios não devem ser utilizados isoladamente, mas em conjunto, ou seja, não basta que a pessoa persiga um interesse

³⁸³ MOLON JÚNIOR, Nelson. Contratos existenciais e a sua aplicabilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 19, ano 6, p. 113-134, 2019. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/594>. Acesso em: 4 fev. 2022.

³⁸⁴ MOLON JÚNIOR, Nelson. Contratos existenciais e a sua aplicabilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 19, ano 6, p. 113-134, 2019. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/594>. Acesso em: 4 fev. 2022.

despido de valor pecuniário para que o contrato seja tachado como existencial: revela-se necessário, concomitantemente, que a parte (pessoa natural) também esteja almejando o alcance de um bem que garanta a proteção da pessoa humana e de seu mínimo existencial.

Infere-se, ainda, a mudança significativa de padrão dogmático que norteia o entendimento dos autores que pesquisam a referida temática. Todos aderem ao movimento personalista do Direito Civil que entende o indivíduo como sujeito concreto e centro das relações, de modo que o patrimônio passa a ser analisado em segundo plano, nas situações negociais existenciais.

Há que se destacar que a a definição que a doutrina apresenta sobre os contratos existenciais está diretamente ligada ao objeto da relação contratual e a sua funcionalidade e relevância para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A fim de melhor entender os contornos dessa classe de contratos, bem como de identificar se as delimitações doutrinárias se aplicam em situações concretas, passa-se a observar a cessão de gestação, enquanto negócio jurídico existencial, para, assim, determinar a que tipo negocial o referido acordo mais se adequa.

3.8 TIPO NEGOCIAL DA CESSÃO DE GESTAÇÃO

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320³⁸⁵, de 20 de setembro de 2022, sendo um dos únicos instrumentos que regula a aplicação de reprodução assistida artificialmente no Brasil, intitula a técnica de cessão de gestação como “gestação de substituição” ou “cessão temporária do útero”. Ela prevê que as clínicas de reprodução devem adotar um série de condutas éticas que implicam em protocolos e documentos, tais como a realização de um termo de compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero, que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança, bem como um

³⁸⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Código de Ética Médica. **Resolução nº 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Brasília, DF: CFM, 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 19 jan. 2023.

compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério.

Nota-se que, muito embora o documento se refira à expressão “compromisso”, tecnicamente, e nos termos da melhor doutrina negocial, o que se identifica quando da realização da cessão de gestação é a efetivação de um instrumento negocial. Neste sentido, alguns doutrinadores corroboram do entendimento quanto à existência de um negócio diante do acordo entre as partes na cessão de gestação, destacando não só sua natureza negocial, mas também e, especialmente, sua natureza contratual.

Cleber Sanfelici Otero e Jussara Schimitt Sandri, ao equiparar a relação contratual entre médicos e pacientes em geral com as relações obrigacionais advindas do emprego das técnicas de reprodução assistida, admitem a existência do instituto contratual entre as partes na relação de reprodução assistida medicamente. Nestes termos, afirmam que no “concernente à realização da reprodução humana assistida, observa-se que a formação do vínculo estabelecido entre o médico e os autores do projeto não difere do contrato entre médicos e pacientes em geral”.³⁸⁶

Rose Melo Venceslau Meireles também afirma a existência jurídica e a natureza contratual desse instituto e, ainda, aponta a sua peculiaridade. Para a autora, a “diferença substancial desse contrato gestacional para a imensa maioria dos contratos é o fato de ele estar atrelado a uma questão existencial e não patrimonial, a emprestar-lhe feição absolutamente particular”.³⁸⁷

Nadia de Araújo, Daniela Vargas e Letícia Campos, corroborando o entendimento de Meireles, referindo-se especificamente à técnica de cessão de útero, afirmam que considerando as características do documento descritas na Resolução do CFM, “é evidente que se trata de contrato, ainda que a título gratuito, e consequentemente, as disposições do Código Civil se aplicam a ele”.³⁸⁸

³⁸⁶ OTERO, Cleber Sanfelici; SANDRI, Jussara Schimitt. Função social dos contratos e reprodução humana assistida no contexto dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 1, n. 28, p. 176-209, 2012. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/444>. Acesso em: 18 ago. 2022.

³⁸⁷ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 52.

³⁸⁸ ARAUJO, Nádia; VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Gestação de Substituição: Regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p. 217.

No mesmo sentido, esclarece Jorge Duarte Pinheiro que “é indubitável que o acordo de maternidade de substituição configura um contrato, isto é, uma regulação que é produto da declaração de vontade de duas partes”.³⁸⁹

Maria de Fátima Freire Sá e Anna Cristina de Carvalho Rettore defendem que ainda que inexista uma identificação específica de tal relação como contratual pela norma – ou mesmo que não houvesse intenção de que o fosse por seus elaboradores – suas características permitem que seja assim definida e que, com isso, receba a tutela jurídica própria desse tipo de relação”.³⁹⁰

Nota-se que as afirmativas dos autores acima citados se justificam. Como já observado nas linhas anteriores, com base nos elementos constitutivos de um negócio jurídico e em conformidade com a doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo, não se pode negar a possibilidade de se considerar que a cessão de gestação pode figurar no universo jurídico como um negócio existente de acordo com o primeiro plano da escada ponteana. A identificação desse plano requer a observação de seus elementos, dentre eles, destaca-se, neste momento, o objeto do negócio.

O objeto do negócio se refere ao seu conteúdo, podendo ser, a depender do tipo do negócio, exemplificativamente, as diversas cláusulas do contrato, as disposições testamentárias, o fim que se manifesta na própria declaração etc. Antonio Junqueira de Azevedo vaticina que os tipos negociais podem ser identificados a partir do objeto perseguido pelas partes no negócio jurídico.³⁹¹ O autor elucida que no objeto dos negócios causais há caracteres, que, por se repetirem em diversos negócios concretos, levam o ordenamento jurídico a lhes dar um regime jurídico próprio, formando um tipo³⁹² de negócio; esses caracteres não se identificam com todo o

³⁸⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito de família contemporâneo**. 3. ed. Lisboa: Alameda da Universidade, 2010. p. 263.

³⁹⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A gestação de substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança a nascer. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coords). **Contratos, família e sucessões**: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 113-134.

³⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 158-159.

³⁹² O autor explica que a expressão “tipo negocial” não é usada no sentido de significar negócios taxativamente disciplinados na lei, mas sim aqueles que devem, porém, em princípio, ser admitidas pela consciência social como correspondentes a uma exigência legítima, a um interesse social durável ou necessário, e como tais, ser consideradas dignas de tutela jurídica. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 165.

objeto, mas fazem parte dele.³⁹³

Aqui se faz necessário uma incursão sobre a ideia de obrigação que deriva de um negócio jurídico para o mais amplo entendimento da abrangência do conteúdo ou, também chamado, objeto do negócio jurídico. É sabido que quando as pessoas declaram a vontade de realizar um negócio estão a assumir um vínculo jurídico que impõe a elas o cumprimento de uma determinada conduta. Caio Mário da Silva Pereira afirma que o objeto de toda obrigação é uma prestação e esta sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito que se obrigou. Às vezes este fato do homem se concretiza ou se materializa em uma coisa, mas não sempre e, portanto, não há que se confundir o objeto da obrigação com a coisa ou o bem da vida se este a perseguir com a obrigação.³⁹⁴

Já Paulo Lôbo³⁹⁵ e Carlos Roberto Gonçalves³⁹⁶, entre outros autores, entendem que na obrigação existe um objeto imediato e um mediato, o primeiro, refere-se à prestação, esse comportamento humano que se concretiza por meio de uma obrigação de dar, fazer ou não-fazer, assim como também existe o objeto imediato, que seria a própria coisa ou o bem da vida perseguido pelas partes.

A partir deste adendo, fica evidente identificar que existe uma relação entre o objeto da relação negocial e os direitos personalíssimos, quando se estiver a tratar de um negócio biojurídico. Depreende-se que a identificação do objeto imediato do

³⁹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 165.

³⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 18.

³⁹⁵ "A prestação é o único objeto da obrigação, consistindo sempre em uma ação humana tanto do credor quanto do devedor, no sentido de dar fazer ou não fazer.[...] O que é essencial no objeto da obrigação, ou prestação, é a atividade o serviço, o esforço corporal ou mental do devedor. Sob a perspectiva da prestação, as três espécies essenciais de obrigações, ou seja, dar, fazer e não fazer, podem ser remetidas a uma só, que é fazer (não fazer é, ainda, fazer)(Carbonnier, 2000, p. 34). No sentido imediato, a obrigação tem como objeto uma prestação, um comportamento, e só imediatamente passa a ser objeto corpóreo. É por isso que a destruição da coisa corpórea não implica o perecimento do direito (Fachin, 2003, p. 100)". In: LÔBO, Paulo. **Direito civil**: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.

³⁹⁶ Objeto da obrigação é sempre uma conduta ou ato humano: dar, fazer ou não fazer (*dare, facere, praestare*, dos romanos). E se chama prestação, que pode ser positiva (dar e fazer) ou negativa (não fazer).[...] A prestação (dar, fazer e não fazer) é o objeto imediato (próximo, direto) da obrigação. A obrigação de entregar (de dar coisa certa) constitui o objeto imediato da aludida obrigação. Para saber qual o objeto mediato (distante, indireto) da obrigação, basta indagar: dar, fazer ou não fazer o quê? No citado exemplo da compra e venda, se o vendedor se obrigou a entregar um veículo, este será o objeto mediato da obrigação, podendo ser também chamado de "objeto da prestação". Objeto mediato ou objeto da prestação é, pois, na obrigação de dar, a própria coisa. Na de fazer, a obra ou serviço encomendado (obrigação do empreiteiro e do transportador, p. ex.). Não se confunde, pois, o ato da prestação, a que o obrigado se encontra vinculado, com a coisa material, sobre o qual aquele ato incide. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2. p. 41.

negócio determinará o tipo negocial, enquanto o objeto mediato poderá determinar o regime jurídico a que aquele negócio ficará sujeito. Nesta identificação reside um ponto de ineditismo desta tese. A aplicação da teoria de Antonio Junqueira de Azevedo de maneira efetiva e prática, sendo justificada nos negócios biojurídicos. Nota-se que o tipo contratual é determinado pelo objeto imediato do negócio e não se altera se o objeto imediato for patrimonial ou existencial. Entretanto, o regime jurídico a que o negócio se submete, este sim, deve ser alterado sempre que o objeto mediato for um direito personalíssimo.

Pretende-se, portanto, a partir do entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo, propor uma adequação específica a cada tipo de negócio, sempre que ele tiver um direito personalíssimo a ser perseguido como objeto negocial.³⁹⁷

Dito de outra forma, sugere-se uma classificação específica referente aos negócios que tenham como objeto um bem da personalidade a atrair um regime jurídico próprio, qual seja: o regime causal, que, como se verá, será tratado na seção seguinte deste trabalho.

Assim, ao considerar, ilustrativamente, a doação de uma carro, observar-se-á que o negócio tem um objeto imediato, que é o próprio conteúdo obrigacional, ou seja, as prestações assumidas pelas partes, configurando-se na obrigação de entregar a coisa para o doador e de receber a coisa para o donatário, além de outras obrigações acessórias que o negócio possa ensejar, mas que não convém detalhar neste ponto da pesquisa. O negócio também tem um objeto mediato, que é a própria coisa que está sendo doada.

Observa-se que pelo objeto imediato, amparando-se nas construções já inicialmente desenvolvidas por Antonio Junqueira de Azevedo, pode-se aferir o tipo negocial que, no caso em tela, tendo as partes assumido obrigação ligada ao comportamento donativo, consubstancia-se no tipo negocial de doação.

De acordo com o entendimento de Luiz Renato Ferreira da Silva:

O estabelecimento de tipos negociais desempenha uma prévia, geral e abstrata apreciação de interesses, sociais e economicamente, úteis. Quando as partes interessadas, no uso do instrumento da autonomia privada representado pelo negócio jurídico, declaram a vontade, fazem-no tendo em mira os fins típicos, permitindo entender-se que a razão jurídica, a causa de sua vinculação reside em quererem o fim tipificado. Esta teoria permite, além de um controle do ordenamento sobre a autonomia, uma classificação dos

³⁹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986.

vários negócios jurídicos, aproximando-os dos, e enquadrando-os, nos tipos legalmente estabelecidos. A causa do negócio passa a ser, conseqüentemente, a mesma função que o ordenamento atribui aquele tipo negocial.³⁹⁸

Acrescenta-se, ainda, que, conforme o mesmo autor, será o objeto também capaz de determinar o regime jurídico do negócio. Acerca deste ponto, revela-se uma das hipóteses de ineditismo deste estudo. Afirma-se que é a qualidade do objeto mediato, ou seja, o bem jurídico tutelado no negócio, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, que determinará o regime jurídico aplicado ao caso concreto, especialmente em sede de interpretação das cláusulas pactuadas, diante da análise do caso concreto. No caso exemplificado, por se tratar de um negócio que tem como objeto imediato um bem patrimonial, toda a sistemática obrigacional solidamente construída pela lei civil e pela doutrina quanto aos negócios deve incidir sob esse caso.

Se o suposto negócio versasse sobre uma doação de material genético humano, o objeto imediato, do mesmo modo que na situação hipotética anterior, permitiria identificar se tratar do mesmo tipo negocial, qual seja, a doação, entretanto, por se estar diante de um negócio com objeto mediato referente a um bem de natureza personalíssima, o regime jurídico que determinaria o legítimo tratamento aos possíveis casos concretos deveria ser pautado nas regras atinentes não só aos negócios jurídicos, mas deles acrescidos de outros parâmetros capazes de compatibilizar a normativa e a dogmática negocial à classe tão especial de direitos a que o objeto do negócio se refere, repelindo regras incompatíveis e inserindo outras mais humanizadas e adequadas à hermenêutica constitucional ligada à proteção da pessoa humana.

Assim, com base na doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo, sugere-se acrescentar à dogmática do referido autor a sugestão de análise do caso concreto a partir da divisão do seu objeto em imediato e mediato, sendo eles que determinarão e externalizarão, ao intérprete do Direito, respectivamente, a que tipo de negócio as partes aderiram, assim como o regime de tratamento que deve ser aplicado ao caso, podendo incidir o regime clássico direcionado aos negócios que versam sobre o bem patrimonial, ou um regime especial, quando versarem sobre bens existenciais.

³⁹⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 108.

Para complementar a proposta inaugurada acima, convém perscrutar sobre mais um ponto que envolve a temática, referente à natureza contratual de alguns negócios jurídicos. Esclarece-se que até aqui se tratou de modo genérico sobre o conceito de negócio jurídico, utilizando-se, em alguns momentos, a expressão "contrato", sem, no entanto, estabelecer mais detidamente os seus contornos, como se pretende fazer agora.

Entre os negócios jurídicos, pode-se afirmar que alguns têm natureza contratual e outros não. Nem todo acordo de vontades que apresenta estrutura de ato jurídico negocial, ou seja, que contenha objeto, forma e circunstâncias negociais, pode ser considerado um contrato. Dentro do grande conjunto de atos humanos que compõem um negócio jurídico, alguns não apresentam esta natureza.³⁹⁹ É comum a doutrina recordar as relações decorrentes do casamento e do testamento como negócios não contratuais.⁴⁰⁰

O alcance exato do conceito de contrato, assim, como a definição de negócio jurídico, não se traduz em entendimento uníssono para a doutrina brasileira. Distinguir negócio de contrato foi ocupação de muitos juristas ao longo da história do Direito. A aproximação entre os dois institutos é evidente. Darcy Bessone enxerga no

³⁹⁹ Negócio jurídico unilateral é aquele cuja declaração de vontade de apenas uma das partes é efetuada, subordinando-se sua eficácia à declaração de vontade posterior da outra pessoa. O principal exemplo é, indiscutivelmente, o testamento, cuja eficácia somente se verificará após a morte do testador (o de cajú), operando-se a transmissão dos bens por ele deixados consoante a sua vontade validamente declarada, desde que o herdeiro testamentário proceda à aceitação da herança. *In*: LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

⁴⁰⁰ Importante distinção é apresentada por Antonio Junqueira de Azevedo ao tratar sobre o conteúdo do negócio jurídico e as relações negociais, sejam elas contratuais ou não, como exemplifica ao final. Neste sentido o autor afirma que "o que de fato caracteriza o negócio, como já foi dito anteriormente, é o fato de ser ele uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade qualificada por um modelo cultural que faz com que ela socialmente seja vista como juridicamente vinculante; este fato basta para a caracterização do negócio e é dele que decorre esse outro fato, de que os efeitos sejam imputados ao negócio de acordo com o que foi manifestado como querido (o primeiro fato é a característica primária e o segundo, a característica secundária, consequência inexorável da anterior). Normalmente, a pessoa escolhe esse modelo cultural, isto é, tem a vontade de declarar (*Erklärungswille*) e também, normalmente, o agente plasma o conteúdo do negócio, isto é, tem a vontade de conteúdo (*Geschäftswille*). Todavia, a verdade é que nem sempre é o declarante quem plasma o conteúdo do negócio; há contratos, como os de adesão e os chamados contratos abertos (contratos, em que duas ou mais partes formulam os termos do contrato e admitem que outras pessoas venham dele participar), nos quais uma ou algumas das partes nada formam do conteúdo; há outros negócios, também contratos, em que a autoridade pública determina, para ambas as partes, as principais condições (por exemplo, tabelando o preço de certos produtos), ou mesmo fixa as principais cláusulas (contratos autorizados); há outros negócios, ainda contratos, em que um órgão de classe fixa a maior parte das cláusulas (por exemplo, através de contratos coletivos de trabalho) e, finalmente, há negócios, já não contratos, em que é a própria lei que de termina o conteúdo do negócio, como ocorre no casamento". *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 154.

consentimento um elemento capital deles, entretanto, o autor adverte que a identificação pelo consentimento, como elemento caracterizador do contrato, implicaria na extensão do domínio deste a todos os tipos de convenções, donde se incluiriam outros negócios⁴⁰¹ e se sujeitaria à incoerência de submeter uma parte delas a regulamento diverso do que rege os contratos.⁴⁰² Por certo que com a ampliação demasiada do conceito surge o risco de acabar por destruí-lo, identificando-o com o acordo de vontades em geral. Esta constatação ressalta a importância de estabelecer e adotar um critério de diferenciação.

Observa-se que mesmo que nas construções doutrinárias os autores tenham buscando realizar tal distinção, nem sempre se alcançou este propósito. Darcy Bessone, bem como vários outros autores, entenderam o conceito de contrato como sendo o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.⁴⁰³

Percebe-se que este entendimento relaciona o conceito de contrato à natureza patrimonial do objeto perseguido na negociação, sendo que tal construção se deve a uma tentativa de delimitar o espaço referente aos negócios que não versassem sobre as relações de família ou de sucessão⁴⁰⁴, mas, originariamente, este conceito não apresentava tal restrição pela doutrina.

Guiossepe Osti, citado por Bessone, acerca do referido conceito, afirma que o que é decisivo, em um conceito tão amplo, é apenas a estrutura do negócio, o modo de se constituir a vontade operante de efeitos jurídicos, é o acordo de duas ou mais vontades diversas e distintas, mas que se integram, unificando-se em relação a um resultado complexo, fruto da atuação comum. Para o autor, o objeto nada importaria,

⁴⁰¹ Os pregadores da nova doutrina pretendem que as convenções relativas aos direitos de família (matrimônio, adoção, reconciliação de cônjuges) ou aos direitos hereditários (convenções sobre renúncia de herança) são contratos, mas não as submetem à disciplina que os regula. No matrimônio, a mais importante convenção do direito de família, as partes não podem estabelecer as suas condições e efeitos, regulados por lei. Limitam-se à criação do ato. In: BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15.

⁴⁰² BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15.

⁴⁰³ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17.

⁴⁰⁴ Nutrindo-se no mesmo pensamento de que são estranhas à noção do contrato as relações de família ou de sucessão foi que, na reforma do *Codice Civile* italiano, feita pelo régio decreto de 30 de março de 1942, ficou o seu domínio limitado às relações patrimoniais, como se vê no art. 1.321: "*Nozione - Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*". In: BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 16-17.

poderia ser de natureza patrimonial ou familiar, da esfera do Direito Privado ou do Direito Público.⁴⁰⁵

Identifica-se na essência do contrato a capacidade de fazer surgir uma relação jurídica entre duas ou mais pessoas, que assumem obrigações pessoais, restringindo seus próprios direitos ou estabelecendo obrigações. Percebe-se que a diferença deste ato de disposição para outros sem natureza contratual reside no fato de existir assunção de obrigações perante outra pessoa, de modo que ambas as partes têm a liberdade de gestão de sua vontade e podem criar obrigações para si próprias e para com a outra parte contratante.

Neste sentido, Darcy Bessone afirma que a autonomia privada não cria preceitos ou comandos, porque ninguém pode estabelecer regra para vincular outra pessoa. Cria, sim, regras de conduta para quem as formula. Assim, o autor entende que no contrato se trata de dar normas a si mesmo, ou de se vincular por ato próprio. Coincidem, pois, os autores do regulamento com os titulares dos interesses disciplinados. Não há poder normativo a se impor a outros sujeitos, mas vinculação pessoal, por efeito de autorregulamento imediato e concreto, sem qualquer traço de abstração e generalidade.⁴⁰⁶

A bilateralidade existente no acordo denota um traço distintivo entre o contrato e os outros negócio jurídicos⁴⁰⁷, haja vista que o ato de se obrigar consigo mesmo não manifesta um contrato exigível juridicamente. O pacto realizado unipessoalmente jamais será reclamado em juízo diante do próprio inadimplemento. O ato só gera efeitos jurídicos quando alcança uma outra pessoa, dentre outras razões, pela impossibilidade de frustração da expectativa criada.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15.

⁴⁰⁶ BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 4.

⁴⁰⁷ O negócio jurídico bilateral é denominado contrato. Trata-se do ajuste de vontades por meio do qual são constituídos, modificados ou extintos os direitos que uma das pessoas tem, muitas vezes em benefício de outra. Tal categoria constitui a maioria significativa dos negócios jurídicos, podendo ser constatada no dia a dia, desde os acordos de vontade mais simples de disposição de direitos (como, v.g., a venda de pãezinhos) até as mais complexas relações jurídicas entabuladas (tal qual sucede com os contratos de tecnologia, como o know-how). *In*: LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

⁴⁰⁸ Em primeiro lugar, emitindo a declaração, o seu autor, exteriorizando um pensamento e uma vontade que até ali permaneciam no seu íntimo, comunica a terceiros uma determinada intenção, suscitando, assim, no espírito de outrem, determinadas representações que atuem ou podem atuar como estímulos que afinal levam a pessoa a aceitar ou não a declaração. Tudo isso quer dizer que a declaração, uma vez emitida, como que cria uma expectativa e uma confiança no espírito das pessoas e não é justo que o declarante traia essa confiança, retirando a declaração, ou até mesmo sem retirá-la, dando ou pretendendo dar-lhe (questões que se levantam em sede de interpretação) um sentido diferente do que resulta do contexto dessa declaração. *In*: MIRANDA, Custódio da Piedade. Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 49.

Não seria a patrimonialidade do objeto que distinguiria o contrato de outros negócios jurídicos, mas sim a relativa liberdade de pactuação, bem como a força imperativa da manifestação de vontade, haja vista estar pautada na autonomia das partes. Flaviana Rampazzo Soares entende que:

os atos jurídicos lato sensu, assim, passam a contemplar elementos que podem ser estritamente patrimoniais, patrimoniais e existenciais, ou puramente existenciais, na autogestão da liberdade pessoal, para atender a interesses juridicamente tutelados ou tuteláveis de modo justo, respeitante da dignidade da pessoa humana e na concretização do propósito de livre desenvolvimento da sua personalidade. Esse possível entendimento reforça-se pela afirmação de que o CC não limita, explicitamente, os contratos às operações patrimoniais entre vivos, e a doutrina por vezes assim o faz, porque essa seria a nota distintiva entre os contratos e os acordos não contratuais.⁴⁰⁹

Com tal observação não se pretende refutar a doutrina que defende a patrimonialidade do objeto como elemento distintivo, tampouco descaracterizar tal traço identificador. De fato, observando o negócio jurídico pela teoria clássica, que aceita como objeto os bens unicamente patrimoniais, como até aqui tem identificado a doutrina majoritária, realmente, os contratos têm esse propósito, mas não só ele.

O que se busca é apenas demonstrar que não se pode limitá-los ao alcance de apenas tais tipos de bens. Há que observar que em sua gênese⁴¹⁰ a função principal do instrumento contratual não se restringia a regular relações jurídicas que versassem unicamente sobre bens patrimoniais, já que sua função sempre foi a de fazer surgir, modificar ou extinguir relações jurídicas entre as pessoas que pretendessem exercer mais livremente seu poder de disposição sobre seus próprios direitos, tivessem elas como objeto um bem patrimonial ou extrapatrimonial, como os direitos de personalidade.

A sugestão dessa abertura hermenêutica não significa a exclusão da adoção do contrato como instrumento útil e necessário, adequado à regulação de relações que versem sobre bens patrimoniais. Do mesmo modo que a abertura para que contratos tenham como objeto um bem não patrimonial não significa retirar dos direitos

⁴⁰⁹ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 80.

⁴¹⁰ Darcy Bessone cita que Domat definiu a convenção como sendo "consentimento de duas ou mais pessoas para formar entre elas algum vínculo, ou para resolver um precedente, ou para modificá-lo", e considerou-a gênero, do qual o contrato seria espécie.[...] Pothier, logo depois, doutrinou que "a espécie de convenção que tem por objeto formar uma obrigação é que se chama contrato", e, definindo o contrato, escreveu que é "uma convenção pela qual duas ou mais pessoas prometem e se obrigam a dar, fazer, ou não fazer alguma coisa". In: BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15. p. 9.

da personalidade os possíveis reflexos patrimoniais que dele podem decorrer, como já analisado no tópico que tratava dos atributos característicos dessa classe de direitos.

Em outras palavras, não se pretende afirmar aqui que em estudos posteriores não se possa identificar direitos da personalidade que possam assumir cunho patrimonial até hoje não reconhecidos pela doutrina clássica. Assim, reafirma-se a ideia de que não é a patrimonialidade do bem que define se ele pode ou não ser objeto de um contrato. Sinteticamente, o que se defende é que sempre que o bem, objeto imediato do contrato, for um direito personalíssimo, um regime especial de tratamento lhe deve ser imputado pelas partes negociantes e pelo intérprete do Direito quando da análise dos casos concretos.

Assim sendo, pugna-se pelo entendimento da técnica reprodutiva de cessão de gestação como sendo um negócio biojurídico, de natureza contratual. Com fulcro em tal posicionamento, pode-se alocar o referido contrato para dentro do contexto da teoria contratual clássica já firmada no ordenamento jurídico nacional, o que, por conseguinte, permitirá observar que, como já anunciado anteriormente, os objetos mediatos perseguidos pelas partes – os direitos personalíssimos ao próprio corpo e à reprodução – definirão o regime jurídico a ser aplicado ao caso concreto.

Conclui-se, portanto, que quando o negócio jurídico, tendo natureza contratual, versar sobre bem personalíssimo, o regime jurídico especial será adequado, significando a observação obrigatória da causa do negócio, como se verá na seção final deste trabalho, sem deixar de levar em conta toda a sistemática legislativa e doutrinária também aplicável aos contratos que versam sob bens patrimoniais, com exclusão apenas de normas incompatíveis com a essencialidade e a prioridade que os bens personalíssimos reclamam.

Para além de tal conclusão, com a adoção de tal hermenêutica ao caso de cessão de gestação, a partir da identificação do objeto imediato, vislumbra-se uma apreensão mais exata do tipo negocial, ao qual o negócio se refere e, como consequência, permite que se identifique, também, o melhor *nome juris* para designar a técnica, de acordo com os tipos negociais já postos na lei brasileira.

Convém recordar quanto a esta temática que pelas pesquisas realizadas em sede de Mestrado, havia se convencionado intitular a técnica procriacional de gestação de substituição, em conformidade com a expressão adotada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina. No entanto, o avançar dos estudos tem conduzido

a concluir pela alteração deste posicionamento. Entende-se que o melhor *nome juris* para a técnica gestacional em comento é cessão de gestação.

Diversas são as nomenclaturas empregadas pela doutrina para designar o procedimento procriacional pela gestante substitutiva. A barriga de aluguel é o nome vulgar que se popularizou no Brasil, sendo a técnica de reprodução assistida que aqui se nomeia de cessão de gestação. Essa técnica, como já mencionado, refere-se ao ato por meio do qual uma mulher assume a obrigação de gestar o filho alheio e entregá-lo aos idealizadores do projeto parental após o seu nascimento.

Observa-se que a técnica impõe uma série de questões ainda controvertidas e complexas, o que se reflete, inclusive, na nomenclatura do instituto, objeto de análise neste ponto da pesquisa. Sobre o tema, convém salientar que não existe uma convergência de entendimentos no que se refere ao nome aplicado para essa técnica: enquanto “na doutrina americana e portuguesa se prefere o termo maternidade substitutiva”, em solo brasileiro, “costuma-se adotar o termo cessão de útero, enquanto que na resolução do Conselho Federal de Medicina Brasileiro, determinou-se chamar gestação de substituição”.⁴¹¹

A razão de tal dissonância de nomes, os quais serão agora analisados, pode se dar pela não observação do tipo de negócio que realmente é celebrado na cessão de gestação. A diversidade de nomenclatura reflete a tentativa de aproximação da cessão de gestação a modelos jurídicos pré-concebidos que mais se adequem à situação fática ocorrida nesta técnica.

O nome popular “barriga de aluguel”, muito embora seja o mais conhecido, é também o menos adequado tecnicamente, haja vista não refletir, tampouco se aproximar, do que é, efetivamente, a cessão de gestação. Inicialmente, destaca-se que “na gestação de substituição o que se objetiva é a gestação, relacionada com o útero e não com a barriga”.⁴¹² Outrossim, para além do engano semântico expresso na palavra “barriga”, pode-se apresentar uma segunda crítica à expressão, haja vista se referir a um contrato de aluguel.

Há contundente oposição na doutrina brasileira quanto à possibilidade de contraprestação pecuniária da gestatrix pelo uso do útero humano, tendo em vista a

⁴¹¹ LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba, Juruá, 2019. p. 42.

⁴¹² LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba, Juruá, 2019. p. 43.

alegação de indisponibilidade do uso do aparelho reprodutor, diante dos direitos da personalidade. Trata-se aqui do uso do útero humano pela gestatrix para gestar filho alheio.

Maria Helena Diniz se manifesta afirmando que há mulheres necessitadas que se disponibilizariam para serem mães de aluguel tão somente com o intuito de serem remuneradas com um valor alto por um casal solicitante, o que, para a autora, caracterizaria um contrato, sobretudo, imoral.⁴¹³ Desta forma, em uma primeira análise, apresenta-se tal conduta como incompatível com o modelo contratual de aluguel, ante a necessária remuneração que esse apresenta.

Outra nomenclatura empregada comumente pela doutrina se refere à técnica, usando a expressão “sub-rogação de útero”. A sub-rogação é instituto do Direito Civil que traduz uma das formas de extinção de obrigação e significa a substituição de uma pessoa por outra em relação de crédito e débito, enquadrando-se dentro das formas de pagamento de uma obrigação.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira, chama-se sub-rogação a transferência da qualidade creditória para aquele que solveu obrigação de outrem ou emprestou o necessário para isso. Evidencia-se, pelo conceito elaborado pelo autor, que há a exigência de um pagamento prévio à sub-rogação, de modo que ela somente se configura ante o pagamento por quem não é o devedor originário de uma obrigação. Tal fato desqualifica e se afasta do modelo de comportamento existente na cessão de gestação⁴¹⁴.

Deve-se recordar, ainda, o *nomen juris* dado ao instituto por parte da doutrina norte-americana, que entende que a cessão de gestação deve ser chamada de “maternidade substitutiva”. Quanto a esse nome, salienta-se que, do mesmo modo como as expressões anteriormente analisadas, trata-se de expressão que não se coaduna com os preceitos da relação familiar contemporânea, pois a gestante não é a mãe da criança, no estrito sentido da palavra, mas, apenas, portadora do embrião enquanto esse não tem autonomia para viver extrauterinamente. Assim, no ato de substituição da gestação da verdadeira mãe, não há maternidade. Há substituição do útero, mas não da mãe.⁴¹⁵

⁴¹³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 212.

⁴¹⁵ LOPES, Cláudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba, Juruá, 2019. p. 42.

Acrescenta-se, ainda, que a expressão “maternidade substitutiva”, por si só, é contraditória. Vera Lucia Raposo afirma que se na gestante que substitui a mãe, no ato de gestar, houvesse maternidade, a quem ela estaria substituindo?⁴¹⁶

Observa-se que diante do entendimento do critério definidor da parentalidade como sendo a gestação se justificaria a adoção da referida expressão. Entretanto, entende-se que tal critério se encontra desatualizado e, portanto, implica na inadequação do nome. Desta forma, antes de continuar a investigação sobre outras possíveis denominações, e como forma de fundamentar a inadequação do conceito em análise, impõe-se um pequeno adendo para o aprofundamento acerca do atual critério definidor da maternidade.

Sabe-se que na maternidade substitutiva uma mulher pode ser considerada mãe biológica sem ter parido o filho. Do mesmo modo, uma mulher, mesmo sem ter contribuído geneticamente, pode, também, ser considerada mãe do mesmo filho, porque gestou e deu à luz. Observa-se que, em que pese a mudança da realidade fática e a imposição de tais conflitos, o critério legal definidor da maternidade continua atrelado ao fator biológico, principalmente, ao gestacional. Arnaldo Rizzardo defende que “segundo as leis vigentes, a verdadeira mãe é aquela que dá à luz a criança”⁴¹⁷.

Zeno Veloso afirma que “tem prevalecido na legislação comparada o princípio de que mãe é aquela que dá luz à criança. Advindo daí que a maternidade é legalmente estabelecida pelo parto e não pela transmissão de patrimônio genético”.⁴¹⁸

Adriana Caldas corrobora tal entendimento ao esclarecer que “também para a lei brasileira mãe é quem dá a luz. O pacto de gestação não tem o poder de transformar a mãe genética não gestante em mãe”.⁴¹⁹

Tal concepção, no entanto, não pode ser acolhida, haja vista não revelar um caráter de verdade sólida, diante do fato da fecundação artificial. Heloisa Helena Barboza colabora com o bom entendimento da questão, afirmando que a procriação deixou de ser um fato natural, para se subjugar à vontade do homem. De início, passou-se a controlar a natalidade por meios contraceptivos. Na atualidade, de modo

⁴¹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 10.

⁴¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 514.

⁴¹⁸ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 155.

⁴¹⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 173.

paradoxal, expandem-se os meios científicos para obter a concepção, mesmo nos casos em que naturalmente ela não ocorreria.⁴²⁰

Por seu turno, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que a simples filiação biológica não é qualquer garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação e, portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais do que uma semelhança entre o DNA.⁴²¹

Evidencia-se, então, a necessidade de esvaziamento do princípio do parto, bem como da herança genética, como definidores da maternidade, e a imperiosa adoção de um critério mais adequado à realidade trazida pelas inovações tecnológicas e pela mudança ideológica das famílias. Desta forma, conclusivamente, verifica-se que diante das técnicas de reprodução assistida, especialmente a de cessão de gestação, não é adequado utilizar a expressão “maternidade substitutiva”.

Passar-se-á, assim, a análise do *nomen juris* que se sugere ser mais compatível com a referida técnica gestacional, cotejando-o com a natureza jurídica do contrato e os direitos da personalidade. Parte-se aqui da compreensão de que a técnica gestacional estudada é um contrato que versa sobre a existencialidade de pessoas que objetivam efetivar e desenvolver direitos personalíssimos da mais alta relevância para a concretização do princípio constitucional de dignidade humana.⁴²²

Busca-se distanciar das conotações de credor e devedor comumente atreladas à ideia de pessoas que assumem contraprestações pecuniárias, ampara-se nesta pesquisa, em uma visão muito mais ampla e complexa que aproxima as figuras, inicialmente opostas, de uma obrigação que nasce com base em princípios éticos, tais como a solidariedade e a boa-fé, e ligam os polos da relação obrigacional de maneira complexa com o objetivo de atingirem juntos um único ideal encartado na declaração de vontades expressa no acordo.

Somente a partir deste olhar amplificado das relações contratuais é que é possível aproximar a técnica aqui estudada ao instituto da “cessão”, descrito no ordenamento jurídico nacional brasileiro e, assim, aproveitar regras já postas no arcabouço jurídico, bem como identificar normas próprias e específicas aplicáveis

⁴²⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 15.

⁴²¹ PERREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 215.

⁴²² NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

unicamente a este tipo contratual. Adotando o referencial apontado, parte-se para a análise de adequação ou não da expressão “cessão” para a técnica reprodutiva em comento.

Considerando a realização do acordo feito entre as partes na técnica de gestação um contrato civil, passa-se à análise comparativa das possíveis adequações ao instituto da cessão de crédito e débito previstas no Código Civil. A palavra “cessão” significa transferência, a título gratuito ou oneroso, de uma prestação assumida em uma relação obrigacional. Pressupõe, portanto, a existência de um vínculo obrigacional anterior à cessão.

De acordo com Caio Mário Da Silva Pereira, a cessão é sempre distinta do negócio jurídico que a originou. É, por sua vez, um ato jurídico, não criador, acrescenta-se, mas meramente transmissor da titularidade do crédito, o qual ressalta a substituição do primitivo credor pelo seu atual adquirente, enquanto subsiste objetivamente inalterado.⁴²³

De fato, quando se trata da cessão de gestação, tal vinculação preliminar existe. Para que ocorra a cessão de gestação, uma pessoa ou um casal idealizador de um projeto parental realiza um contrato com uma clínica de reprodução assistida, por meio do qual esta última se compromete com uma obrigação de fazer, qual seja, a prestação de um serviço de aplicação de técnicas reprodutivas para que uma mulher contratante possa gestar o filho idealizado.

Evidencia-se que o objeto desse negócio jurídico é a aplicação de um conjunto de técnicas reprodutivas que conduzam a uma gestação. Essas técnicas abarcam desde a identificação de qualquer causa dificultadora ou impeditiva da reprodução pelos métodos naturais até a adequada adoção de técnicas que substituam a deficiência do casal ou da pessoa que procura se reproduzir.

Desta forma, tem-se, em um polo dessa relação obrigacional, a clínica, e no outro polo, o(s) idealizador(es) do projeto de filiação. Sendo assim, a clínica se torna devedora da prestação de aplicação de técnicas reprodutivas e a mulher se torna credora delas. Recorda-se que essa contratação tem natureza sinalagmática, uma vez que se trata de uma relação jurídica na qual cada partícipe contratual ocupa, ao mesmo tempo, a posição jurídica ativa e passiva, porque, ao mesmo tempo, possui direitos e obrigações.

⁴²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 354.

Dito de outra forma, instaura-se uma relação de prestação e contraprestação. Se por um lado a clínica deve atuar com zelo, diligência e expertise na aplicação de técnicas reprodutivas que conduzam ao nascimento do filho desejado, por parte dos pais, deve haver o mesmo trato zeloso na condução dos procedimentos aplicados pela clínica, bem como o pagamento pelo serviço prestado.

Assim, observa-se que quando da celebração do contrato de gestação com a clínica de reprodução assistida, a pessoa ou o casal não se coloca unicamente na posição contratual ativa de credor, mas também, por vezes, estará na posição de devedor, quando se compromete a se comportar de maneira condizente e colaborativa para o alcance do sucesso dos procedimentos que serão realizados pela clínica, como por exemplo, utilizar as medicações indicadas, alimentar-se adequadamente, submeter-se a exames periódicos, realizar ou não a prática de atividades físicas etc.

Entretanto, na cessão de gestação, uma parte desse procedimento de reprodução não poderá ser realizado na própria mulher contratante, haja vista poder existir alguma incapacidade uterina que impossibilitaria a implantação do embrião humano no útero materno ou a condução da gestação, ou, ainda, uma indisponibilidade da contratante de submissão ao processo gestacional. Ocorre, portanto, que a credora necessita ceder seu direito, de receber em seu útero a implantação do embrião humano, para outra mulher que tenha um aparelho reprodutor saudável e compatível com a adequada gestação.

No momento em que os idealizadores da filiação buscam e contratam uma gestatrix para implantar o embrião ocorre a cessão da gestação que, tecnicamente, pode ser enquadrada no que a doutrina classifica como cessão de crédito e de débito. Reitera-se que, ao se tratar sobre contratos que envolvem direitos personalíssimos, a conotação empregada às expressões “credor” e “devedor” não se restringe à figura de pessoas que possuem um valor pecuniário/patrimonial para receber ou pagar.

Entende-se como credor qualquer contratante que se coloca na posição de beneficiário de uma obrigação assumida pela outra parte; o devedor, por seu turno, é aquele que assume uma obrigação de dar, fazer ou não-fazer perante aquele com quem se vincula.

Nota-se que figura como parte dessa cessão, em primeiro lugar, o credor originário da prestação obrigacional, que é a pessoa ou o casal idealizador da filiação, na cessão chamado de cedente. De outra banda, tem-se a nova credora, a mulher

que gestará a criança idealizada no projeto parental, aqui identificada como cessionária.

Observa-se, ainda, a figura do cedido, que é o devedor da obrigação originária, que, no caso em tela, é representado pela clínica de reprodução medicamente assistida. De acordo com Caio Mário Da Silva Pereira, a cessão é negócio jurídico em virtude do qual o credor transfere a outrem a sua qualidade creditária, com todos os acessórios e as garantias, salvo disposição em contrário.

Do mesmo modo que os cedentes transferem um crédito, transferem também uma parte do débito, qual seja, o dever de a gestatrix agir em conformidade com a necessidade que o cedido apresenta para alcançar o sucesso dos procedimentos médicos. Desta forma, a cessionária do crédito (a gestante) se compromete com a observância de uma série de cuidados e comportamentos que sejam compatíveis com o estado de gravidez.⁴²⁴

Nesse sentido, entende-se que o contrato de gestação pressupõe a disponibilidade da cedente do útero à realização de diversos exames anteriores ao início da gestação e durante esse período. Pressupõe uma avaliação íntima de seu estado físico e psicológico de saúde.

Durante nove meses terá privações na sua vida privada, inclusive de foro íntimo, como a prática de relações sexuais, quando isso puder acarretar desconforto ou risco ao nascituro. Implica em privação de prática de esporte extenuante e exige o cuidado com uma alimentação e hábitos saudáveis.

Quanto à cessão parcial de débito, em conformidade com a legislação civil nacional, existe a necessidade de anuência do cedido para que a transferência se implemente validamente.

Por certo, na cessão de gestação, o médico responsável pelo procedimento de reprodução (cedido na cessão de débito) deve avaliar a candidata à cessionária, a fim de verificar se encontra nela todos os requisitos de saúde física e psicológica necessários para o recebimento dos procedimentos implantatários, bem como pela assunção de todos os débitos que decorrem da gestação.

Enfatiza-se, assim, que a cessão de gestação, de fato, adequa-se nos contornos de uma cessão de crédito e de débito, conforme estabelecidos na lei civil brasileira, operando, assim, a transferência da gestação. Ressalta-se, no entanto, que

⁴²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 353.

o que se transfere é, como dito, a gestação. Faz-se tal ênfase, tendo em vista que uma parte considerável da doutrina utiliza a expressão “cessão de útero” para designar a técnica gestacional em questão. Entendimento o qual, nos termos deste estudo, é questionável pela sua incorreção semântica/jurídica.

Como já observado, em princípio, a cessão insinua a transferência da posse de algo para terceira pessoa, que usaria para a finalidade que lhe interessar. Ao utilizar o nome “cessão de útero”, ter-se-ia que o que se estaria transferindo, dentro de um contrato de gestação, seria o próprio útero da idealizadora do projeto parental para a gestatrix.

Nota-se que não há a transferência da posse do útero entre as partes. Quem usa o útero é a mulher que vai gestar, sem qualquer transferência do uso do órgão, como o nome sugere. Quanto ao uso dessa expressão, Arnaldo Rizzardo esclarece que “o casal contrata com a mulher não propriamente uma atividade, ou a realização de determinado ato, mas a gestação de um ser humano”. Não que “se dê a cessão ou o empréstimo, ou a locação do útero, pois não é transferida a posse, ou o uso ou o gozo”.⁴²⁵

Desta forma, reitera-se como mais adequado nomear a técnica como cessão de gestação, haja vista retratar fielmente a situação fática ocorrida entre as partes envolvidas. De tal modo, guardadas as necessárias adequações da lei contratual ao tipo tão específico e diferenciado que é o contrato de gestação, haja vista versar sobre direitos personalíssimos, por ter objeto não patrimonial, não se entende perder, o referido acordo, o caráter contratual.

Vislumbra-se ser possível aproximar a legislação nacional no que tange ao instituto da cessão de crédito e débito, encartados entre os artigos 286 e 303 do Código Civil, à situação fática do acordo celebrado entre o(s) idealizador(es) de uma filiação, a clínica médica de reprodução assistida e a gestatrix.

Resta, nas próximas páginas, tratar da causa contratual e sua relevância para a melhor recepção do contrato de cessão de gestação no ordenamento jurídico vigente e, assim, identificar se há um regime interpretativo mais adequado a ser direcionado aos casos de negócios que tenham como objeto um bem personalíssimo.

⁴²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 511.

4 A CAUSA E A INTERSECÇÃO ENTRE OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS E CONTRATUAIS

4.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E METODOLÓGICOS

Os avanços tecnológicos impactaram o modo de ser social como um todo, produzindo alterações e atualizações nas diversas áreas do saber. Por certo que as Ciências Jurídicas, intimamente relacionadas ao contexto social, não escapariam à necessidade de adequação de conceitos e teses diante de tantos novos paradigmas trazidos pela modernidade, especialmente no que tange a direitos ligados ao desenvolvimento do próprio ser humano, conforme constatado na segunda seção deste trabalho. Do mesmo modo, na terceira seção foi possível observar que os conceitos tradicionalmente utilizados acerca dos direitos negociais também se mostram, hodiernamente, insuficientes para abarcar as significativas alterações na dinâmica dos chamados negócios biojurídicos.

Assim, nesta quarta seção, parte-se para a averiguação da última hipótese de pesquisa aventada neste trabalho, qual seja, a possibilidade de aplicação da teoria da causalidade aos contratos jurídicos que envolvam direitos personalíssimos, diante das transformações dessas duas classes de direitos – os negociais e personalíssimos – com o fito de verificar uma possível atualização e compatibilidade entre eles.

Aqui, percorrer-se-á os meandros da causa contratual, apresentando uma breve narrativa de seu histórico, para, na sequência, traçar as linhas limítrofes de um conceito, identificar seus reflexos nos atos humanos negociais e, por fim, tecer conclusões sobre a utilidade ou não da aplicação da teoria da causalidade no negócio biojurídico de cessão de gestação.

A sistematização de uma matéria com nuances ainda tão turvas, no que se referente à causa contratual, mostra-se como o grande desafio desta seção. É unânime na doutrina a dificuldade de se alcançar um consenso sobre o conceito de causa e, como consequência, sua real e efetiva aplicabilidade prática no sistema jurídico.

A legislação civil brasileira adotou, aparentemente, a teoria anticausalista para as relações jurídicas negociais, o significa dizer que a manifestação expressa da causa quando da celebração de um contrato é irrelevante, em regra, para a juridicidade do negócio. Pode-se entender que o Código Civil, de maneira muito

discreta, faz breve menção sobre a causa no art. 166, inc. III⁴²⁶, quando cita a expressão “motivo” como sinônimo e não mencionando expressamente como elemento essencial do negócio jurídico.

Inicialmente, constatou-se o quão nebuloso seria o enfrentamento do tema diante da polissemia da expressão “causa” existente na doutrina nacional e o descompasso da doutrina quanto aos diferentes tratamentos dados à natureza jurídica da causa. A causa é apontada, no campo da dogmática, como elemento do negócio jurídico que enseja controvérsias e posicionamentos muito destoantes. Entre os diversos entendimentos sobre seu conceito e alcance, destaca-se uma parte da doutrina que a entende como um elemento essencial da manifestação de vontade e uma outra parte que o aproxima do princípio da função social.

Entretanto, um consenso foi possível de se observar no que tange ao entendimento dos autores nacionais acerca dos limites e da influência de doutrinas internacionais, mais especificamente a francesa⁴²⁷, apontadas como fonte da teoria causal no Brasil. Diante da repetitiva compilação de textos de autores nacionais sobre os autores italianos⁴²⁸ e franceses⁴²⁹ entendeu-se pela desnecessidade de

⁴²⁶ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁴²⁷ A doutrina majoritariamente assenta as raízes do conceito de causa nas doutrinas de Domat e, na sequência, de Robert Joseph Pothier. Neste sentido, Thalles Ricardo Alciati Valim afirma que o Código civil francês consagrou a teoria da causa tal como formulada por Robert Joseph Pothier. *In*: VALIM, Thalles Ricardo Alciati. A doutrina da causa no direito francês pós-reforma. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 3, p. 1723-1749, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_1723_1749.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022. Luiz Renato Ferreira afirma que “J. Domat não chega a definir causa, mas faz uso dela quando classifica os contratos. Assim, divide-os naqueles em que há sempre onerosidade, seja porque há duas dações, ou dois fazeres, ou, ainda, uma situação mista de dar e fazer. Nestes, o que os caracteriza é que “*l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre*”. Em oposição a estes, estão aqueles onde há uma gratuidade na prestação, de modo que um não espera nada do outro. Nestes, o animus donandi, “*tiennent lieu de cause*”. *In*: SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51.

⁴²⁸ Luiz Renato Ferreira sintetiza o entendimento da causa para a doutrina italiana. Acerca da causa o autor se manifesta no seguinte sentido: “parece oportuno examinar a noção de causa objetiva. Como paradigma adotou-se o regramento contido no Código civil italiano de 1942. Muito embora a noção, tal qual desenvolvidas naquele diploma, encontre defensores em outros direitos a Itália foi o berço desta concepção, revigorada e estimulada por sempre novos textos sobre o ponto”. *In*: SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 102.

⁴²⁹ Registra-se que o Código Civil Francês versava sobre a causa do contrato e em 2016 após uma reforma no direito obrigacional suprimiu o conceito de causa da obrigação e do contrato. No entanto, Thalles Ricardo Alciati Valim registra que há autores que defendem que a causa teria permanecido no Código civil francês, embora sem que o termo possa ser ali encontrado. *In*: VALIM,

uma estudo comparado com a literatura internacional.

Sob o aspecto metodológico, optou-se, portanto, pela aplicação de uma abordagem qualitativa que concentra a investigação em autores considerados pela própria doutrina nacional como construtores das bases necessárias ao entendimento das origens do conceito de causa para, a partir de tais considerações, avançar na pesquisa, observando unicamente se houve e como se deu a evolução da doutrina nacional ao longo dos anos e identificar, por derradeiro, a possibilidade de acolhida ou não desse elemento contratual no cenário jurídico nacional atual e, no caso de resposta positiva, em que circunstância isso se daria, especialmente nos negócios biojurídicos.

Há que enfatizar que este trabalho de pesquisa propunha, ainda, no projeto, a realização de uma investigação comparativa com a lei e a doutrina italiana no que tange à função que a causa exerce dentro do negócio jurídico.

Diferentemente da lei brasileira, na Itália, entendia-se a causa de um negócio como o elemento constitutivo dele, assim como, também, seu requisito de validade. O art. 1325 do Código Civil italiano⁴³⁰, que versa sobre os requisitos de validade do negócio jurídico, tem correspondência na lei brasileira com o art. 104 do Código Civil. Ambos trazem a determinação de capacidade do agente, a licitude do objeto, a prescrição de forma e a liberdade de manifestação de vontade como essenciais para a validade do acordo; diferem apenas quanto à causa.

A legislação italiana cita expressamente a causa como elemento integrante e necessário do negócio jurídico, já a lei brasileira não o faz. No entanto, conforme já visualizado na segunda seção e em conformidade com o marco teórico adotado nesta pesquisa acerca do direto negocial, o entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo, ficou claro que a recepção da causa enquanto elemento integrante essencial do negócio jurídico não é entendimento adequado, tampouco compatível com a sistemática jurídica nacional brasileira. Vislumbrou-se, portanto, a desnecessidade de

Thalles Ricardo Alciati. A doutrina da causa no direito francês pós-reforma. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 3, p. 1723-1749, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_1723_1749.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁴³⁰ Art. 1.325. Indicazione dei requisiti: I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti [...]; 2) la causa [...]; 3) l'oggetto [...]; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

Art. 1.325. indicação dos requisitos: Os requisitos do contrato são: 1) o acordo das partes [...]; 2) a causa [...]; 3) o objeto [...]; 4) a forma, quando prescrita pela lei sob pena de nulidade" (tradução livre). In: ITÁLIA. **Lei nº 79 de 4 de abril de 1942**. Código Civil Italiano. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.

adoção da metodologia comparativa para o atendimento dos fins tratados neste trabalho, haja vista o respeito às particularidade e sistemáticas adotadas pela legislação nacional.

Recorda-se, também, que durante o projeto de elaboração desta tese as pesquisas ainda incipientes conduziam a uma dúvida quanto à própria proposta de ineditismo aqui apresentada. Questionava-se sobre a real necessidade de resgate da teoria da causa e a adequação dela aos negócios biojurídicos diante da aproximação de tal instituto, feita por alguns autores, com o princípio da função social. Se as pesquisas conduzissem ao entendimento de que os dois institutos exerciam a mesma função dentro das questões jurídicas não haveria necessidade de se propor a revisitação de um instituto já “enterrado” no sistema civil brasileiro, como é o caso da causa negocial.

Observava-se, na ocasião, como uma possível variável da hipótese apresentada que a pesquisa conduzisse à conclusão acerca da desnecessidade de definir a causa de um negócio biojurídico, em conformidade com a corrente anticausalista. Neste caso, a pesquisa seria direcionada à busca de outros elementos que servissem como parâmetro para delimitar os limites do direito das partes de dispor de seu próprio corpo durante a realização de um acordo.

Com o avançar do trabalho, no desenvolvimento da pesquisa, buscou-se identificar os elementos necessários, de acordo com a doutrina e a lei, para que se averiguasse a validade e a eficácia de um negócio no universo jurídico e não apenas no mundo dos fatos. Observou-se que a juridicidade do pacto não decorre unicamente da sua conformidade estrutural com o sistema.

Diante da complexidade apresentada pelos casos concretos e pelo objeto dos negócios biojurídicos, uma mudança dos contornos inicialmente traçados no projeto foi se delineando, alterando os rumos a que a pesquisa incipientemente apontava, logo, vislumbrou-se a imperiosa abertura para uma análise mais ampla, que ultrapassasse o respeito à lei positivada e que compreendesse, também, a função que o ato negocial exerce.

Assim, nesta seção, pretender-se-á transpor a visão estrutural do negócio, com a finalidade de contribuir com o amadurecimento da hermenêutica nacional acerca da causa nos negócios biojurídicos e, ao mesmo tempo, identificar em que sentido e medida a função social do negócio se relaciona com o instituto causal, sem, no entanto, comprometer a ideia de ineditismo inicialmente proposta, haja vista a

constatação de que a causa negocial e a função social do contrato são institutos jurídicos que se relacionam, mas não se equiparam. Neste sentido, Eduardo Nunes de Souza relata a relevância de tal processo:

No que concerne à hermenêutica jurídica, a análise exclusivamente estrutural dos institutos (vinculada a um controle excepcional, dito externo, da autonomia privada) foi aos poucos precedida pela perspectiva funcional (atenta aos interesses envolvidos nesses mesmos institutos e aos valores que o constituinte e, em sua esteira, o legislador ordinário começavam a aportar para o interior do sistema). Em matéria contratual, essa mudança demandou inserir o contrato, como era então compreendido (estrutura formal, ato pontual na linha temporal da relação jurídica) em um contexto maior, que permitisse apreender a real dinâmica entre as partes.⁴³¹

Entende-se, portanto, que qualquer análise que se proponha mais completa e sistêmica requer a observação da função do referido instituto a ser estudado. Conforme esclarece Eduardo Nunes de Souza, a estrutura e a função se associam na ciência do Direito e, muito embora em sua formulação mais tradicional, constata-se que havia uma predisposição do observador a enxergar os alicerces de um negócio a partir de uma visão predominantemente formal; contemporaneamente ele deve ser visto também pelo seu perfil funcional, ou seja, com especial atenção aos seus aspectos de ordem não estrutural.⁴³²

Tendo enfrentado a questão da existência do negócio biojurídico de cessão de gestação em linhas anteriores, adotar-se-á, como hipótese principal de investigação, nesta seção, a possibilidade de a causa negocial funcionar como instrumento de interpretação adequada do negócio de cessão de gestação, a ponto de viabilizar a análise mais completa e acertada sobre a validade e a eficácia nos casos concretos, bem como a finalidade mais abrangente que o instituto pode alcançar e, assim, demonstrar, ao final, qual a razão de se adotar tão adversa temática, partindo da hipótese de que ela se justifica na relevância para o Direito nacional diante da adequação da nova categoria de negócio jurídico existencial.

⁴³¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. **civilistica.com**, v. 8, n. 2, p. 1-53, 17 set. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/443>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴³² SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. **civilistica.com**, v. 8, n. 2, p. 1-53, 17 set. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/443>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Por uma questão metodológica convém registrar o ineditismo da proposta aqui apresentada. Em pesquisa realizada nas bases de dados da biblioteca Unicesumar e dos bancos a ela vinculados, nenhum resultado referente à causa contratual de negócios biojurídicos foi encontrado. A busca foi realizada utilizando as palavras “causa contratual dos negócios biojurídicos”, “causa contratual dos direitos da personalidade”, “causa dos contratos existenciais”, “teoria causalista e os direitos personalíssimos”, entre outras expressões, sempre usadas entre aspas, para delimitar e precisar o alcance de busca, que envolve os temas causa e direitos da personalidade. Em todas as incursões não se obteve nenhum registro de pesquisa já realizada.

Diante do resultado totalmente infrutífero, adotou-se um segundo critério, menos específico, para a realização de uma revisão, na qual se buscou identificar como a doutrina nacional tem entendido o conceito de causa, por meio da verificação da existência de textos mais recentes e pesquisas que estejam sendo realizadas no cenário negocial nacional brasileiro nos últimos dez anos acerca do tema.

A delimitação temporal foi utilizada levando em consideração uma pesquisa preliminar, que pode ser identificada nas linhas do desenvolvimento desta seção, que demonstrou que a temática era frequentemente tratada na literatura clássica, como a de Emilio Betti, Antonio Junqueira de Azevedo entre outros autores que publicaram livros antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ainda sob a vigência da lei de 1916.

Após as alterações legislativas da codificação civil e do texto constitucional, percebeu-se um vácuo literário por alguns anos acerca desta temática, somente vindo a ressurgir, no Brasil, o enfrentamento do tema, de maneira muito tímida, nos últimos anos após as discussões sobre as possíveis fases de “crise” que o instituto contratual apresentou.

Entendeu-se pertinente buscar somente a produção de artigos e teses, em nível nacional. Adotou-se, portanto, três importantes bases de dados como instrumento de coleta de materiais, quais sejam: a de Periódicos CAPES, a Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações e a Revista dos Tribunais, utilizando-se do domínio da literatura: “causas contratuais” e “teoria anticausalista”. A pesquisa também foi realizada em outras bases de dados, entretanto, não foram encontrados materiais inéditos que atendessem aos parâmetros de busca inicialmente estabelecidos nesta pesquisa.

Como critério de inclusão e exclusão das produções encontradas definiu-se a presença das expressões “causas contratuais” e “teoria anticausalista” entre aspas, a fim de alcançar a utilização em conjunto das duas palavras, tendo em vista que a adoção dos termos separadamente conduziu a temas diversos do aqui pretendido encontrar.

A seleção se restringiu ao campo do Direito Civil, não interessando as pesquisas encontradas que apresentavam o viés da causa contratual em outros ramos jurídicos, tais como o Direito Criminal, Consumerista, Ambiental etc. Convencionou-se, ainda, selecionar materiais a partir do uso da expressão conjunta em todos os elementos dos materiais publicados, ou seja, verificou-se a existência da expressão desde o título até a conclusão do material, com o intuito de amplificar as possibilidades de citação da expressão em qualquer fase de elaboração do trabalho coletado.

Na primeira base de dados pesquisada, a de Periódicos CAPES, foram encontrados dois artigos científicos, dispostos na tabela abaixo em ordem crescente de data de publicação, quais sejam:

Tabela 1 - Base de dados - Periódicos Capes⁴³³

FONTE: Periódicos Capes		
TÍTULO	AUTORES	PERIÓDICO/ANO DE PUBLICAÇÃO
1- A causa do contrato	Maria Celina Bodin de Moraes	Civilistica 2013
2 - De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato	Eduardo Nunes de Souza	Civilistica 2019

A segunda base de dados pesquisada foi a Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. Na qual, após adoção dos mesmos critérios de escolha da base de dados acima exposta, apresentou apenas um resultado, que se encontra disposto na tabela abaixo.

⁴³³ Elaborado pela autora, 2022.

Tabela 2 - Base de Dados - Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações⁴³⁴

FONTE: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações		
TÍTULO	AUTORES	PERIÓDICO/ANO DE PUBLICAÇÃO
1- A causa do contrato e sua funcionalidade	Alexandre Jamal Batista	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 2019

A Revista dos Tribunais serviu como terceira fonte de pesquisa. Nela os frutíferos resultados permitiram captar três artigos científicos, do mesmo modo, dispostos na tabela abaixo por ordem crescente de ano de publicação.

Tabela 3 - Base de Dados - Revista dos Tribunais⁴³⁵

FONTE: Revista dos Tribunais		
TÍTULO	AUTORES	PERIÓDICO/ANO DE PUBLICAÇÃO
1- A causa dos contratos e a <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	Ralpho Waldo de Barros Monteiro Marina Stella de Barros Monteiro	Revista dos Tribunais 2015
2- O sinalagma contratual	Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka	Revista de Direito do Consumidor 2014
3 - A causa do contrato	Marcelo de Oliveira Milagres	Revista de Direito Civil Contemporâneo 2018

A partir dos resultados obtidos nos textos mapeados foi possível depreender, como inicialmente almejado, como a doutrina tem evoluído com relação ao conceito de causa contratual, sem, no entanto, abordar especificamente qualquer relação

⁴³⁴ Elaborado pela autora, 2022.

⁴³⁵ Elaborado pela autora, 2022.

íntima entre causa contratual e os direitos personalíssimos, como pretendido neste trabalho.

Assim, ciente de que a doutrina assume papel relevante ao munir o intérprete de instrumentos para se chegar à justiça do caso concreto na aplicação da norma, busca-se demonstrar a relevância da promoção da reinserção axiológica do instituto causal na dogmática negocial, a fim de promover a superação do modelo tradicional de interpretação dos negócios jurídicos e abrir espaço para uma hermenêutica que acomode, também, os acordos biojurídicos.

Por certo que não se tem a pretensão de encontrar a solução para todos os entraves já tão brilhantemente enfrentados por autores renomados e que envolvem a causa negocial. Sugere-se, de maneira singela, eleger uma definição de causa contratual a partir do raciocínio de alguns marcos teóricos para investigar se haveria alguma aplicabilidade no que tange aos negócios biojurídicos.

Também não se almeja circundar o tema a ponto de apresentar uma tese absolutamente conclusiva. Busca-se, tão somente, arejar a temática por meio da proposta de uma hermenêutica baseada em paradigmas diferentes dos adotados até este momento pela doutrina brasileira, a fim de oferecer elementos novos para estudos posteriores.

Assim, nesta seção, investigar-se-á ineditamente a possibilidade de a causa contratual apresentar utilidade prática real e efetiva diante dos negócios biojurídicos, para tanto, no próximo item, dedicar-se-á a apreensão do sentido da causa no direito brasileiro.

4.2 OS NEGÓCIOS CAUSAIS E O SENTIDO DA CAUSA NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Por certo que as classificações doutrinárias podem desempenhar uma função elucidativa e didática muito relevante ao estudo de alguns temas. Maria Celina Bodin de Moraes afirma que as classificações são, de fato, um instrumento poderoso. Não apenas esclarecem e solidificam o conhecimento jurídico; têm o papel de aprimorar e promover o Direito”.⁴³⁶

⁴³⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

De todos os conceitos que permeiam o instituto jurídico da causa contratual, o único ponto em que se observa algum consenso na doutrina se encontra na classificação quanto à vinculação do negócio com o fato que lhe dá origem, dividindo-os em abstratos ou causais. De fato, no que tange à classificação quanto à causa, a maioria dos livros que versam sobre negócio jurídico trazem, ainda que brevemente, a diferença entre essas duas classes de negócios e promovem, consequentemente, a solidificação acerca dessa possível diferenciação hipotética dos negócios.

Entende-se que quando os negócios são abstratos não importa a razão de sua realização, de modo que sua validade e a eficácia independem da observação da causa do negócio, ou seja, a causa é irrelevante para que os efeitos do negócio se produzam. Marcos Bernardes de Mello exemplifica a situação de negócios abstratos:

Não importa, assim, por que foi emitida a nota promissória. Os seus efeitos se produzem independentemente de que se busque a sua causa. Se a emissão se deu em pagamento de compra de um bem em que houve inadimplemento do vendedor, não é possível ao emitente opor a exceção de contrato não cumprido para furtar-se ao pagamento da nota promissória se, por exemplo, o título fora endossado a terceiro. Ao emitente que pagou ao endossatário caberia ressarcir-se do vendedor pelo enriquecimento sem causa por ele obtido em não cumprimento a sua parte no contrato sinalagmático.⁴³⁷

Emilio Betti, acerca dos negócios abstratos, entende se tratarem daqueles cuja estrutura, que consiste sempre em formas taxativamente prefixas, não corresponde, de um modo unívoco, a uma função econômica ou social constante, nem refletem o específico interesse individual para cuja satisfação o negócio pode, em concreto, servir⁴³⁸. O autor afirma que:

Pelo contrário, nos negócios abstractos, a estrutura, típica não corresponde a uma função económica ou social constante, e é muda acerca do específico interesse individual, para cuja satisfação o negócio serve concretamente (interesse que, por outro lado, para a plena eficácia do negócio, deve ser idóneo, segundo a apreciação do direito, nos termos do art. 1322.º, parágr.). De aí se segue a apontada indiferença da causa e a suficiência da forma.⁴³⁹

No mesmo sentido, para Jose Abreu, os negócios são chamados de formais, ou abstratos, “porque neles a forma assume posição mais relevante que a causa, sem

⁴³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 179.

⁴³⁸ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 383.

⁴³⁹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 383.

eliminação desta, contudo”. Como exemplos de tais negócios (abstratos ou formais) é possível apontar os títulos ao portador e as cambiais.⁴⁴⁰

Neste mesmo sentido, Luciano de Camargo Penteado acrescenta que o negócio abstrato pode ser utilizado indiferentemente, com qualquer finalidade.⁴⁴¹ Já os negócios causais, conforme informa Emilio Betti, são aqueles cuja estrutura, a causa, se revela como elemento ineliminável, que lhe caracteriza o tipo.⁴⁴²

Marcus Bernardes de Mello destaca a relação da determinação da causa e sua descrição no suporte fático, esclarecendo o que são negócios causais e abstratos no seguinte sentido:

Quando o negócio jurídico tem uma causa intrínseca, incluída no seu suporte fático ou é possível ao figurante incluí-la, há negócio jurídico causal. Se o negócio jurídico não tem causa intrínseca e, sendo possível, os figurantes não a incluíram como seu fim, ou não houve acordo sobre ele, *fim*, o negócio jurídico é *abstrato*.⁴⁴³

Já Antonio Junqueira de Azevedo, com grande valia para o entendimento das formas de interpretação dos atos jurídicos, parte da ideia de que diante dos negócios jurídicos duas grandes divisões classificatórias devem ser feitas. Ele classifica os negócios em abstratos ou causais, conforme sua caracterização típica se faça pela forma, no primeiro caso, ou pelo objeto, no segundo.

O autor nomeia de elemento categorial inderrogável o objeto e a forma do negócio, sendo, portanto, os elementos categoriais inderrogáveis aqueles que caracterizam o tipo do negócio, ora como abstratos, ora como causais. Sempre que a forma for um elemento insubstituível e que tem seus efeitos jurídicos produzidos independentemente da causa do negócio, o negócio será classificado como abstrato.⁴⁴⁴

Se, no entanto, a forma, mesmo que existente, for indiferente para a produção de efeitos, o objeto negocial ganha relevo e passa a determinar a classificação do negócio como objetivo, tendo, portanto, uma causa de realização. Em outras palavras,

⁴⁴⁰ ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 72.

⁴⁴¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 167.

⁴⁴² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 383.

⁴⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 178.

⁴⁴⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 161.

se o negócio não for meramente formal, em que não interessa a sua causa, ele será objetivo, de modo que teve uma causa e ela foi relevante para a sua realização, o que justifica sua apreciação.

Antonio Junqueira de Azevedo esclarece que, em regra, os negócios causais podem ser típicos, ora por se referir a um fato logicamente anterior (ainda que cronologicamente não o seja) ao próprio negócio e que o justifica (causa pressuposta), ora por se referir a um fato futuro ao qual tende (causa final).⁴⁴⁵ Muito embora a doutrina clássica registre tais definições, a aceitação da relevância e da existência jurídica da classe de negócios causais não é tema pacífico entre os civilistas brasileiros.

A doutrina se divide em duas linhas principais: a dos causalistas e a dos anticausalistas. Há autores⁴⁴⁶, defensores da primeira corrente, que chegam a defender que todos os negócios são causais.⁴⁴⁷ Entendem que existe relevância na identificação da causa em um negócio jurídico, mesmo que entre eles não haja consenso sobre o conceito e a abrangência deste tema, enquanto os últimos⁴⁴⁸, representando a corrente majoritária, negam a importância desse estudo. A disparidade de entendimento e posicionamento é refletida na extrema divergência de posições. Transita a doutrina entre o entendimento da essencialidade da causa num negócio jurídico como sendo requisito de validade dela, até o lado oposto, que chega a afirmar a total inutilidade do instituto.

Há que se registrar que a controvérsia já remonta ao projeto do Código Civil brasileiro de 1916 que, muito embora não tenha se manifestado acerca da causa, não

⁴⁴⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 167.

⁴⁴⁶ BATISTA, Alexandre Jamal. **A causa do contrato e sua funcionalidade**. 2021. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/24926>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁴⁷ Marcos Bernardes de Mello afirma que em geral os contratos são negócios jurídicos causais. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178.

⁴⁴⁸ Lino de Moraes Leme afirma que "essa questão de a causa ser ou não um requisito dos contratos tem dividido os escritores, apontando-se numerosos anti-causalistas, e, em número não menor, os causalistas. Entre os anti-causalistas citam-se Planiol, Laurent, Huc, Windscheid; entre nós Clovis Beviláqua, Carvalho De Mendonça (Manoel Inácio)". In: LEME, Lino de Moraes. **A causa nos contratos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1957. p. 74. No mesmo sentido, Alexandre Jamal Batista enumera os anticausalistas citando Clóvis Beviláqua, Carvalho Santos, Eduardo Espínola, Pontes de Miranda, Agostinho Alvim e Paulo Barbosa de Campos Filho. In: BATISTA, Alexandre Jamal. **A causa do contrato e sua funcionalidade**. 2021. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/24926>. Acesso em: 22 nov. 2022.

permite concluir pela inobservância dela no contexto sistêmico.⁴⁴⁹ Do mesmo modo, a codificação de 2002 também não se manifestou claramente sobre a temática.⁴⁵⁰

As legislações internacionais, assim como as nacionais, também refletem esta mesma ausência de consenso.⁴⁵¹ Lino de Moraes afirma que entre os causalistas é possível citar o ordenamento jurídico francês, o Código italiano, art. 1.325; o Código argentino, art. 499; o Código chileno, art. 1.145; o Código belga, art. 1.141; o Código espanhol e o cubano, art. 1.261; o Código holandês, o Código rumeno e o Código uruaio (art. 1.287). Enquanto os códigos alemão, suíço, peruano e mexicano, de modo contrário, não fazem qualquer referência à causa.⁴⁵²

Lino de Moraes, ao citar Domat, esclarece que a causa é o fundamento da obrigação⁴⁵³, entretanto, apresenta, sinteticamente, duas das críticas encontradas na doutrina que chegam a alegar a inutilidade do estudo da causa:

Os anti-causalistas dizem que essa noção de causa é ilógica e inútil; ilógica, porque se pode ver no contrato bilateral, por exemplo, a anterioridade nas obrigações de qualquer das partes, de maneira que a obrigação do vendedor seja a causa da obrigação do comprador, e vice-versa; e inútil, porque, dizem, a causa corresponde ao objeto, equipara-se ao objeto, ou ao consentimento.⁴⁵⁴

De maneira contrária, há autores que entendem pela sua relevância. Conforme esclarece Giselda Hironaka acerca da inutilidade da causa. Para ela, essa conclusão

⁴⁴⁹ Silvio de Salvo Venosa esclarece que o código de 1916, no art. 82 (atual, art. 104), empregou o termo objeto no mais amplo sentido, abrangendo a noção de causa. In: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 399.

⁴⁵⁰ O Código Civil brasileiro não inseriu, entre os elementos necessários para a existência dos atos jurídicos, e em especial, dos contratos, a causa. Tampouco o fez quando elencou os requisitos de validade. Neste ponto, a diferença com sistemas como o francês ou o italiano torna compreensíveis certos posicionamentos doutrinários no sentido de que o direito civil nacional seria anticausalista. In: SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 17.

⁴⁵¹ Ilustrativamente pode-se citar Adisson Leal que afirma que "o Código Civil português não prestigia a causa, mas não há um efetivo descredenciamento. O artigo 458 nos serve como exemplo: trata sobre a promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida, atribuindo relevância jurídica à causa. Dispõe que, não havendo indicação da causa, a existência da relação fundamental recebe presunção *iuris tantum* em favor do credor. Note-se que, no exemplo dado, a causa é tratada sob outra perspectiva, enquanto relação fundamental. Mesmo assim, serve-nos como ilustração da permanência da causa no âmbito legislativo português, ainda que de forma modesta". In: LEAL, Adisson. **Interpretação e causa: uma teoria sobre espaços casuais. Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 1, n. 2, p. 1-28, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0001_0028.pdf. Acesso em: 1 nov. 2022.

⁴⁵² LEME, Lino de Moraes. **A causa nos contratos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1957. p. 73.

⁴⁵³ LEME, Lino de Moraes. **A causa nos contratos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1957. p. 73.

⁴⁵⁴ LEME, Lino de Moraes. **A causa nos contratos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1957. p. 75.

não passou de um mero engano dos estudiosos, vez que a presença da causa, no ordenamento, se registra como implícita.⁴⁵⁵

Diante de tamanha divergência, apoiando-se em uma perspectiva civil-constitucional, esta pesquisa tem por escopo investigar o conceito de causa do negócio jurídico e qual a finalidade ou a utilidade para o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que toca aos negócios que têm como objeto um direito personalíssimo.

Diante da observação de que há uma relevância e uma finalidade muito específicas no estudo da causa na seara contratual, especialmente quando o objeto dos negócios é existencial, por envolver direito personalíssimo, passa-se, no próximo tópico, à tentativa de identificar como a doutrina entende o conceito de causa. A metodologia empregada se valerá dos conceitos de causa de acordo com os principais referenciais teóricos acerca do tema, utilizados como hipóteses neste trabalho, sem, no entanto, pretender esgotar todas as teorias que surgiram sobre o conceito de causa.

Tendo em vista que as críticas à doutrina causalista derivam da dificuldade em identificar com clareza o que é a causa do negócio e, conseqüentemente, tende-se a não percepção de sua relevância no negócios jurídicos, diversos autores criaram inúmeros conceitos diferentes, sendo em tão grande número que a descrição de todos desvirtuaria o objeto de observação deste trabalho, o que levaria à impossibilidade de testagem e, conseqüentemente, de verificação de resultados possíveis. Portanto, adotou-se, como hipótese de análise, apenas as principais e mais estruturantes teorias.

Propõe-se uma investigação acerca das principais distinções terminológicas atribuídas à palavra causa, a fim de verificar se é possível identificar uma categoria correspondente no Direito Privado contemporâneo. Ao final, apresentar-se-á a doutrina sobre a qual este trabalho funda suas conclusões acerca das hipóteses inicialmente levantadas.

⁴⁵⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 209-228, 2014. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002665887>. Acesso em: 22 nov. 2022.

4.2.1 A causa material, formal, eficiente e final

A primeira doutrina a se destacar, neste trabalho, refere-se à teoria aristotélica das quatro causas, que estabelece um sistema de pensamento lógico-formal que ainda hoje continua a ser utilizado por alguns doutrinadores. Aristóteles sistematizou quatro causas dos fenômenos: a causa material, a formal, a eficiente e a final.

A primeira é a causa material, que o autor entende como sendo aquela que revela do que é feito o ato; a causa formal determina qual a forma do negócio; a terceira é intitulada de causa eficiente, no sentido de ser a razão que impulsiona ou dá movimento à realização de um negócio jurídico e a causa final se traduz na finalidade de realização do ato negocial, revelando para que foi feita a declaração de vontade no negócio. O autor apresenta uma analogia com uma escultura para diferenciar as quatro causas, de modo que o mármore, a forma da escultura, o escultor, e a arte ou contemplação da escultura seriam, respectivamente, as quatro causas determinantes. Aristóteles esclarece o sentido dessas causas identificadas no negócio, neste sentido:

Causa significa [a] aquilo em função de cuja presença alguma coisa vem a ser, [do que são] exemplos o bronze de uma estátua e a prata de uma taça, bem como as classes [materiais] que os contêm; [b] a forma ou modelo, isto é, a fórmula da essência e as classes que a contêm, por exemplo a proporção 2:1 e o número em geral são causas da oitava, e as partes da fórmula; [c] aquilo de que procede o primeiro princípio da mudança (transformação) ou do repouso, por exemplo o homem que delibera é uma causa, e o pai uma causa do filho, e em geral aquilo que produz é uma causa daquilo que é produzido, e aquilo que muda é a causa daquilo que é mudado; [d] a finalidade, isto é, a causa final, [do que é] exemplo: a finalidade de caminhar é a saúde, pois [à pergunta] “Por que alguém caminha?” respondemos “Para ter saúde”, e ao respondê-lo julgamos ter fornecido a causa – e também todos os meios que intervêm (e contribuem) anteriormente à finalidade, quando alguma coisa adicional desencadeou o processo, por exemplo o emagrecimento, o purgativo, os medicamentos e os instrumentos que atuam antes da obtenção da saúde, já que todos eles são em função da finalidade, ainda que sejam diferentes entre si pelo fato de uns serem instrumentos, enquanto os outros são ações.⁴⁵⁶

Conforme expõe Alexandre Jamal Batista, não obstante Aristóteles não tenha relacionado a teoria das quatro causas com suas reflexões nos campos jurídico e político, sua doutrina influenciou posteriormente a noção de causa na seara das

⁴⁵⁶ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 132-133.

obrigações e dos contratos.⁴⁵⁷ Por certo que as quatro causas defendidas por Aristóteles teceram a criação e o desenvolvimento das ideias e expressões nominais da causa utilizadas contemporaneamente, uma vez que a doutrina estabelece categorias correspondentes no Direito Privado patrimonial como “causa impulsiva”, “causa razoável”, “causa suficiente” “causa natural” e “causa final”, a partir dos conceitos inaugurados em Aristóteles.

A doutrina divide-as em causas intrínsecas e as causas jurídicas extrínsecas ao contrato. A primeira se refere às causas material e formal e, a segunda, se relaciona com a eficiente e a final. Corroborar com a temática Luciano de Camargo Penteado, ao esclarecer que o negócio nem sempre aparece “descarnado”, constituído somente pela declaração negocial. Ele entende que o “recheio” do ato é o que se pode compreender como a causa material e a formal⁴⁵⁸. Explica o autor que a “causa material de um contrato precisa ser esclarecida como um elemento do que procede e que atualmente lhe dá sustento para ser este ato concreto”.⁴⁵⁹

A matéria está relacionada com a ideia de procedência, de etapa prévia à formação do contrato, na qual as partes fazem escolhas, propostas e contrapropostas e, assim, preenchem o conteúdo do que será contratado na sequência. Por certo que não há contrato sem um substrato mínimo de existência que o constitua anteriormente. Essa realidade, da qual o contrato essencialmente depende para se formar, compõe, para o autor, a causa material.⁴⁶⁰

Neste sentido, o autor ilustra da seguinte forma:

Em uma consulta em escritório de advocacia, contabilidade ou mesmo em consulta médica, mesmo que não pactuado previamente contrato, fica clara esta fundamentação causal dos deveres em fatos ou atos jurídicos. A simples aproximação das partes, determina obrigações, por exemplo, o sigilo do profissional quanto aos fatos ali revelados. A confiança que o cliente nele deposita, até mesmo pelo relato de uma situação desagradável, causa a obrigação de boa-fé. Apesar de o Código Civil de 2002 não prever a incidência da regra de boa-fé objetiva na fase pré-contratual em seu art. 422, a doutrina entende que ele deve ser interpretado com essa possibilidade.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ BATISTA, Alexandre Jamal. **A causa do contrato e sua funcionalidade**. 2021. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/24926>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁵⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

⁴⁵⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

⁴⁶⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

⁴⁶¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

Em consonância com os preceitos contratuais encartadas na legislação civil, Luciano Camargo de Penteado entende que os atos pré-contratuais podem ser tidos como a causa material da realização do negócio. Essa causa gera deveres, como a lealdade e o sigilo, também previstos como decorrência do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais.⁴⁶²

Já a causa formal revela o elemento que torna o negócio jurídico socialmente passível de ser visto e analisado. A causa formal determina extrinsecamente o ato a tal ponto que esse sem forma alguma é inexistente. Esse explicitar do *querer* não se dá de modo abstrato, puro, mas concreto e abrigado por alguma forma.⁴⁶³

A definição de causa eficiente de Aristóteles se mostra muito relevante no contexto atual. A eficiência aqui não pode ser vista isolada, nem principalmente, como o máximo de benefício e mínimo de prejuízo.

Luciano de Camargo a define como sendo a transmissão de uma peculiar maneira de ser ao efeito obrigacional pelo ato. Ele é modelado por algo externo a ele, que o causa. Para o autor, essa causa pode ser ilustrada pela vontade. Nessa perspectiva, a primeira causa eficiente que transparece no Direito Civil é a vontade.⁴⁶⁴

Isso se dá porque a vontade é o primeiro princípio na ordem da execução. Sem o seu desencadear próprio não há ato, que é um querer, e, logo, não há contrato. Neste sentido:

Ninguém pode ser titular de direitos e obrigações contratuais contra a sua vontade, porque ela é que tem de causar as restrições autoimpostas pelo vínculo obrigacional. Só a lei pode comprimir a esfera jurídica coativamente. Por isso, é fundamental preservar o espaço da autonomia privada na sociedade contemporânea, em que muitas vezes as pessoas se encontram em situações nas quais são obrigadas a contratar, até mesmo contra sua vontade.⁴⁶⁵

⁴⁶² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁴⁶³ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 153.

⁴⁶⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 158.

⁴⁶⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 158.

Rosa Maria de Andrade Nery corrobora do mesmo entendimento ao afirmar que a ideia de autonomia da vontade se liga à vontade real ou psicológica dos sujeitos no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou a causa de efeitos jurídicos.⁴⁶⁶

Joana Graeff Martins, no mesmo sentido, afirma a noção de que a causa eficiente é a vontade de se obrigar no caso concreto. Esta vontade é dirigida a atingir o *status* de titular de direitos e obrigações, com as restrições impostas pelo vínculo obrigacional. Assim, liga a causa eficiente a uma noção subjetiva e, portanto, manifesta a pouca pertinência à investigação que se pretende.⁴⁶⁷

Antonio Junqueira de Azevedo, ao fazer referência à causa eficiente, associa-a ao nome de "causa-fato jurídico" e imprime um distanciamento da subjetividade da vontade para, objetivamente, a entender como sendo o fato jurídico que dá origem à obrigação, ou seja, a própria causa da obrigação.⁴⁶⁸

Torquato Castro⁴⁶⁹ explica a causa eficiente, associando-a diretamente ao fato jurídico que dá causa ao negócio. Neste sentido, o autor enfatiza que o fato é causa, haja vista que o fato jurídico – o fato abrangido pela hipótese de direito, seja dentro da lei ou dentro das decisões jurisprudenciais – não se comporta como objeto do direito, mas em seu significado para a vida da coexistência humana, como a razão que fundamenta a solução jurídica.

Ele entende que existe no fato uma causalidade indelével do direito ou da solução jurídica, que será outra, se outro o fato-causa. Destaca, ainda, a relevância da significação do fato jurídico, pois a ideia de causa, própria dos fenômenos naturais, não revela à inteireza a significação do fato jurídico. A causa não consiste, no direito, em produzir mecanicamente algo, de uma nova espécie, fora de si. A significação ou o valor do fato jurídico já no fato reside, a justificar a solução. Vale o fato não por existir, mas por significar a razão mesma do que se procura adequar.

Neste mesmo sentido natural de causa, tem-se a posição de Teixeira de Freitas, que afirma que a causa decorre da dedução lógica de que todo o fato que

⁴⁶⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

⁴⁶⁷ MARTINS, Joana Graeff. **Uma abordagem acerca da causa contratual**. 2008. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8053>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 173.

⁴⁶⁹ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legítimo do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 23-41.

produz efeitos jurídicos é causa, haja vista que os direitos não existem *a priori*, são sempre oriundos de um fato.⁴⁷⁰

Depreende-se do texto de Clóvis de Couto e Silva seu posicionamento sobre a causa, já que entende o autor a função de causa final:

O titular do direito subjetivo, ou o seu procurador, quando engendra um negócio de disposição, o faz conforme um fim (os tomistas já diziam: *omne agens agit propter finem*) que deve estar dentro dos limites da autonomia da vontade. Esse fim imediato nada mais é, na verdade, que a causa do ato jurídico valorizada embora indiretamente.⁴⁷¹

Luis Renato Ferreira da Silva entende que o fim de um contrato é comum a ambas as partes. Nas palavras do autor consentir é acordar (em se tratando de contrato, de forma mútua), completa-se o entendimento de um acordo porque as partes têm um fim em mente. O autor esclarece que quando esse fim é exposto e aceito pela outra parte, ou pelo menos é presumidamente conhecido por ela, torna-se o fim comum do contrato, *rectius*, a causa.⁴⁷²

Para além das ideias dos autores acima citados, outras concepções foram atribuídas ao conceito de causa jurídica, de modo que no próximo item a pesquisa analisará mais especificamente a posição defendida por Pontes de Miranda e a forma como ele entendia a função desse instituto.

4.2.2 A causa *credendi, solvendi e donandi*

O principal expoente da classificação da causa em *credendi, solvendi e donandi* foi Pontes de Miranda, que apresentou as três causas do negócio jurídico. O autor enxergava tanta relevância no conceito de causa a ponto de afirmar que na seara negocial a regra seria a causalidade.⁴⁷³ “A causa é a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia. A causa fixa, na vida jurídica, o ato”.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ MARTINS, Joana Graeff. **Uma abordagem acerca da causa contratual**. 2008. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8053>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁷¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 63.

⁴⁷² SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

⁴⁷³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 80.

⁴⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 78.

A ideia de função, para o autor, estaria atrelada à atribuição do negócio jurídico estabelecida pela própria lei. “A causa refere-se à atribuição. Tantos tipos de atribuição, tantas causas. A causa só diz respeito à atribuição, e a atribuição é a mesma na compra e venda, na troca, na locação e na transação”.⁴⁷⁵

Para o autor, a atribuição nunca seria convencional⁴⁷⁶, ou seja, escolhida e determinada pelas partes. Assim, distanciava sua teoria das correntes subjetivistas.

Tal associação se mostra por demais relevante, tendo em vista que Pontes de Miranda afirmava que “a causa importa, quando se tem de saber qual o ato jurídico de que é efeito a atribuição. Sabendo-se qual foi a causa, sabe-se qual foi a atribuição”, e a tal “tipo de atribuições correspondem regras jurídicas comuns, - junto a regras jurídicas à parte, peculiares ao tipo de ato jurídico, ou à espécie de ato jurídico, e não concernentes à atribuição em si”.⁴⁷⁷

Identifica-se a causa *credendi* de um negócio jurídico quando se realiza uma prestação com a finalidade de receber uma contraprestação. “Se, como equivalência do que se decresce ao seu patrimônio, o outorgante há de obter do outorgado direito, pretensão, ação, ou exceção, ou outro bem da vida”, a causa “diz-se causa *credendi*. O conceito e o nome foram criticados e com razão: não só se constituem créditos; donde a causa ser *constituendi*, e não só *credendi*.”⁴⁷⁸

A causa *solvendi* se revela quando se realiza uma prestação porque já se havia recebido uma prestação. Assim, a causa *solvendi* acontece sempre que se tem uma dívida:

A causa *solvendi* supõe dever ou obrigação do próprio agente, ou de terceiro, que aquele cumpra ou solva. De regra, se o dever e a obrigação eram do terceiro, extinguem-se eles, mas passam ao que solve o direito e a pretensão que se extinguiram, ou lhe nasce o direito ao reembolso (arg. ao art. 931, onde se alude à sub-rogação, a contrário sensu). A causa *solvendi* é, logicamente, posterior; praticamente, pode só surgir após ela a obrigação, que se solveu. A prestação de garantia também supõe relação jurídica, logicamente posterior, entre o que presta e o que é credor, ou entre o credor e outrem a favor de quem se presta.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 78.

⁴⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 78.

⁴⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 82.

⁴⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 83.

⁴⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 85.

A causa *donandi* acontece sempre que a atribuição patrimonial é um fim em si mesma. Quando não há um regime jurídico específico sobre um determinado contrato, usa-se esse regime de causa *credendi*, *solvendi* ou *donandi* (regime de atos gratuitos).

De acordo com Pontes de Miranda, a causa *donandi* supõe que nem se crie crédito a favor de alguém, nem se solva dívida. Só um dá, sem outra causa que a de inserir bem de vida no patrimônio de outrem. A unilateralidade do sacrifício, através do tempo, faz ressaltar que só se quis o enriquecimento de outrem, o que permite que se defina de modo negativo a causa *donandi*.

Qualquer atribuição patrimonial, e não só a doação, tem essa causa. Se A paga a dívida de B, sem que tenha qualquer intuito de se sub-rogar, ou de reembolsar-se, "doou", em sentido largo, posto que não tenha doado, no sentido de doação de coisa. Se A emite quitação, sem ter recebido o dinheiro prometido, ou simula, a causa é *donandi*. No direito brasileiro, a doação é contrato real: não há, aí, promessa de doação. A doação só é, propriamente dita, negócio jurídico real. Quem doa transfere.⁴⁸⁰ Giselda Hironaka, acerca do posicionamento de Pontes de Miranda, o interpreta da seguinte maneira:

Pontes de Miranda, então, parece cingir a função (no sentido de utilidade) da causa à determinação do regime jurídico incidente sobre cada espécie negocial. Em outras palavras, desvendando-se a causa, desvenda-se, também, o título da atribuição patrimonial e, uma vez estabelecido este, sabe-se qual o regime jurídico que incidirá sobre a espécie. Assim, por exemplo, verifica-se que, em uma dada relação negocial, apresentou-se uma causa *donandi*. A conclusão daí decorrente indica que o título de atribuição foi uma liberalidade. Consequentemente – e entre um sem-número de outras decorrências – apontar-se-á que o negócio jurídico em questão – por ser benéfico ou gratuito, e por onerar apenas uma das partes, beneficiando a outra – deverá ser interpretado estritamente (art. 114 do CC/2002 (LGL\2002\400)), não incidindo, portanto, nessas situações, o regime dos vícios redibitórios e da evicção etc.⁴⁸¹

Para Luciano Camargo de Penteado, essa teoria não deve prosperar, tendo em vista que aponta apenas um aspecto da causa e não sua essência e a integralidade. Para o autor, as causas de atribuição *solvendi*, *donandi* e *credendi* são o efeito externo

⁴⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 86.

⁴⁸¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 209-228, 2014. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002665887>. Acesso em: 22 nov. 2022.

– o que se vê da causa, mas não ela mesma. São a causa da atribuição patrimonial, mas não a causa do negócio.⁴⁸²

Giselda Hironaka apresenta sua interpretação e o posicionamento sobre a teoria de Pontes de Miranda no seguinte sentido: por esta referência, observa-se com facilidade a grande importância do estudo da causa. Vale dizer, ao se analisar o contrato de seguro e o contrato de garantia, verifica-se que ambos trazem uma atribuição de segurança. Não obstante, as causas de atribuição (sua razão jurídica de ser) são diversas e inconfundíveis. No contrato de seguro, a causa é *credendi* (o contrato é do tipo do *ut des*); já no contrato de garantia, a causa é, sob esta visão ponteana, *solvendi*. Daí sofrerem a incidência de regimes jurídicos tão distintos.⁴⁸³

Para Marcos Bernardes de Mello, muito embora o conceito de causa esteja restrito às funções de crédito, débito e doação, a causa constitui a função do negócio jurídico e, diferencia-se, muito embora mantenha uma certa relação, do fim dele, que, confunde-se, para o autor, com o objeto. A causa também se difere do motivo, objeto de análise no próximo tópico.

4.2.3 Causa-fato jurídico, causa-motivo, causa pressuposta e causa final

A classificação dos negócios jurídicos, na visão de Antonio Junqueira de Azevedo, se dá de maneira peculiar em relação à grande parte da doutrina nacional. A compreensão do sentido e da função da causa dos negócios jurídicos de acordo com o entendimento do autor perpassa pelo entendimento da causa-fato jurídico, também chamada de causa eficiente, da causa-motivo, da causa pressuposta e da causa final.

Entretanto, ele destaca que na sua teoria é relevante apenas o conceito dos dois últimos tipos de causa. O autor afirma que:

Há dois significados da palavra "causa" que estão hoje suficientemente esclarecidos e podem ser afastados sumariamente, nessas alturas de exposição, por sua pouca pertinência ao que ora nos interessa; são eles o de causa-motivo (como na expressão "causa ilícita", que somente pode ser entendida como o "motivo determinante ilícito", conforme já vimos) e o de

⁴⁸² PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 176.

⁴⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 209-228, 2014. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002665887>. Acesso em: 22 nov. 2022.

causa-fato jurídico, (*causa efficiens*), como, por exemplo, na expressão *causa obligationis*, em que a palavra "causa" equivale ao fato jurídico que dá origem à obrigação; esses sentidos são facilmente inteligíveis e dispensam maiores comentários. Predomina, atualmente, na verdade, o que se chama de sentido objetivo da causa, isto é, um terceiro sentido da palavra, pelo qual se vê, na causa, a função prático-social, ou econômico-social do negócio.⁴⁸⁴

No mesmo sentido é o entendimento de Lino de Moraes Leme, que afirma que tem relevo duas causas: a que considera a causa a fonte geradora e a que a considera como causa final.⁴⁸⁵

Luiz Renato Ferreira da Silva, do mesmo modo, aborda e diferencia as duas causas, ora enquanto fim, ora como causa do negócio. O autor entende que adotando a ideia de que causa traduz a razão de ser de alguma coisa, vê-se que subjaz a tal concepção o sentido de origem e não só de fim. Certo que as partes praticam determinados atos ambicionando o fim a ser atingido, diz-se que a causa final é a última na consecução, embora seja a primeira na concepção.

O autor alerta para o fato de que a causalidade desempenha um papel explicativo do passado de um ato, justificando o seu futuro. Para ele, essa ambiguidade exemplifica a complexidade e a dificuldade do tema, de modo que, voltando os olhos não para o fim, mas para a justificativa da existência de um ato como jurídico, pode-se adotar a palavra "causa" como sinônimo de fonte, de origem. Nesta acepção, o termo se prende mais à ideia de obrigação, e não só à de contrato.⁴⁸⁶

Antonio Junqueira de Azevedo cita o conceito de causa eficiente, que não será aqui delineado, tendo em vista o tema já abordado. Destaca-se apenas que, acerca de tal conceito coincidente em Aristóteles, torna-se, para o autor, imperioso observar a função da causa a partir de parâmetros objetivos. Ele entende que a causa não faz parte do negócio, ou seja, não está contida entre os elementos que compõem o negócio de maneira essencial nem categorial, tampouco como elemento particular, muito embora exerça papel imprescindível, ora para a verificação da validade do negócio jurídico, ora para a eficácia.

A desídia do autor no tratamento da causa-motivo é justificável. A crítica anticausalista em grande parte se origina pela forma como o sistema civil francês, entre outras legislações, entende a causa. Adotando a concepção subjetiva, a

⁴⁸⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 173.

⁴⁸⁵ LEME, Lino de Moraes. **A causa nos contratos**. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1957. p. 75.

⁴⁸⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20-21.

interpretação da maioria dos autores franceses conduziu ao atendimento de que a temática causal é uma das mais difíceis do Direito Civil. Sinteticamente, tal compreensão se deve a uma noção não tão bem delimitada entre os conceitos de causa e de motivo dos negócios jurídicos e que acabou por influenciar diversas legislações estrangeiras.

Antonio Junqueira de Azevedo entende serem inaplicáveis tais aproximações dos conceitos de causa e de motivo ao negócio jurídico, tendo em vista que os motivos remetem a um sentido subjetivo de causa.⁴⁸⁷ Os motivos de um negócio têm um sentido voltado para a subjetividade do declarante, revelam a intenção íntima e a subjetivamente relevante que conduziu o declarante a manifestar sua vontade, ou seja, expressam a razão psicológica do contratante para desejar aquele bem da vida específico.

Neste sentido, Giselda Hironaka entende que o motivo, também chamado de causa impulsiva, se expressa por meio daquelas razões ocasionais e ocultas que levam à prática de um determinado negócio, como, por exemplo, os motivos do testador para escolher o modo de expressar a sua última vontade desta ou daquela maneira, expressando, assim, seu desejo interno e operando o consequente endereçamento dos seus bens, para depois de sua morte.⁴⁸⁸

Observa-se que a causa não pode ser confundida com a intenção das partes. Cesar Fiuza corrobora com a temática ao apresentar como exemplo a situação de uma pessoa que adquire alianças de noivado, e, posteriormente, esse vem a ser cancelado. Por certo que o motivo de realização do negócio jurídico de compra e venda das alianças reside no noivado do comprador. Entretanto, o seu cancelamento não poderá ensejar juridicamente razão para o consequente cancelamento do negócio jurídico celebrado.⁴⁸⁹

No Brasil, a lei não se distanciou muito da confusão entre conceitos. Percebe-se a mistura dos institutos no texto legal, por exemplo, quando o Código trata da causa

⁴⁸⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 101.

⁴⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 209-228, 2014. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002665887>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴⁸⁹ FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 372.

ilícita. No art. 90 do Código Civil de 1916⁴⁹⁰ a causa era entendida como motivo determinante do ato e poderia ensejar a anulação do ato praticado sempre que tivesse sido conhecida pela outra parte. No mesmo sentido, a atual codificação se expressa no art. 140⁴⁹¹, alterando apenas a expressão causa por motivo, o que denota a inexatidão na utilização dos termos.

Antonio Junqueira de Azevedo corrobora com o entendimento de que, no Brasil, o texto legal de 1916, ao abordar o tema da causa ilícita, estava a tratar de causa no sentido subjetivo, isto é, de causa como motivo determinante ilícito. Neste sentido, pode-se entender que não há somente duas concepções de causa, a subjetiva e a objetiva, o que há mesmo são duas entidades diferentes: uma, os motivos determinantes que se referem à causa psicológica, e outra, que se prende ao conteúdo típico do negócio, que é, esta sim, a causa objetiva. O autor enfatiza ainda que “qualquer tentativa de unificação, sob uma só conceituação, de ambas as entidades, está fatalmente condenada ao fracasso”, mesmo “porque cada uma tem o seu próprio papel jurídico (papel moralizador, para a causa psicológica, e papel protetor de quem acreditou na sua existência, para a causa objetiva)”.⁴⁹²

Jose Abreu parece associar, em certa medida, a causa com o motivo. Neste sentido, afirma que:

A doutrina é pacífica no assentar o princípio de que qualquer deliberação humana constitui uma série de representações psíquicas que precedem qualquer declaração de vontade e que afinal se traduzem numa ação do homem. Neste elo ou cadeia é sempre possível distinguir a última, a que funciona como fator determinante da ação, das outras que a precedem. Quem vende, dá em locação ou doa faz isto para receber o preço da coisa vendida, o prêmio do uso da coisa locada, ou para levar a efeito um ato de mera liberalidade, demitindo de si uma coisa própria sem o correspondente interesse. A causa será, assim, o derradeiro elo da cadeia, o mais próximo da ação, o que, enfim, a determina e que objetiva e juridicamente justifica a promessa do ato. Daí se definir causa, com muita objetividade, como sendo “o fim econômico e social reconhecido e garantido pelo direito.”⁴⁹³

⁴⁹⁰ Art. 90. Só vicia o ato a falsa, causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição. *In*: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 9 fev. 2023.

⁴⁹¹ Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁴⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 120.

⁴⁹³ ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 71.

Nota-se que o autor cita as representações psíquicas e as atrela à declaração de vontade do agente no negócio jurídico, de modo que leva a entender que a causa do negócio faz parte da cadeia de representações psíquicas que conduz a uma causa volitiva, que chega a exemplificar da seguinte maneira:

Um fazendeiro, pai de família, encontra dificuldade para educar os filhos, uma vez que sua propriedade rural fica situada longe da cidade. Não deseja, contudo, mandá-los, com a esposa, para uma cidade maior, onde poderão estudar, para não se afastar da família. Resolve, então, negociar a fazenda e, com o produto da venda, instalar-se na cidade grande, com seus familiares. Anuncia o imóvel e o vende. Todas as deliberações prévias que o levaram à decisão final constituem os motivos e são irrelevantes juridicamente. A causa será o último elo da cadeia, o mais próximo da ação, ou seja, a deliberação de vender para obter o valor correspondente e empregá-lo na constituição de um novo negócio e na instalação de sua família na cidade grande.⁴⁹⁴

Nota-se que o autor aponta a deliberação de vender para obter o valor correspondente e empregá-lo na constituição de um novo negócio e na instalação de sua família na cidade grande como a causa do negócio. O autor localiza a causa em uma posição final, ou seja, o último ato de vontade que dá ensejo à manifestação de vontade. Resta, portanto, parecer ligar a causa a um motivo psicológico interno do agente.

Pontes de Miranda esclarece que o motivo não é essencial ao negócio jurídico, sendo que ele radica nas pré-intenções que dão ensejo ao negócio.⁴⁹⁵ Ao ilustrar tal situação, o autor deixa claro a sua colocação:

Entre motivo e causa a diferença logo ressalta se tomamos o exemplo do empréstimo: a causa é credendi, mas pode bem ser que só se tenha feito por impulso de amizade, para que o devedor pagasse outra dívida, ou fizesse outra operação. Ora, êsses motivos são estranhos ao direito, que os desconhece no vigiar se o negotium entra em alguma figura jurídica. Juridicamente, tais motivos são sem importância; mas a causa, não. É o fundamento jurídico, o alicerce para construção da figura.⁴⁹⁶

Pode-se concluir que os motivos seriam as razões psicológicas que determinam a realização do negócio, enquanto a causa estaria mais relacionada com o escopo jurídico dele. Assim, conforme os autores citados, a observação dos motivos

⁴⁹⁴ ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 71.

⁴⁹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 97.

⁴⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3. p. 98.

se apresenta de pouca relevância para o estudo da causa sob a ótica jurídica. O mesmo não se pode afirmar acerca dos conceitos de causa pressuposta e causa final, que se mostram de grande pertinência.

A causa pressuposta, defendida por Antonio Junqueira de Azevedo, pode ser identificada como sendo aquela que dá origem ou justifica a existência de outro ser. Aproxima-se da já estudada causa eficiente, defendida por Aristóteles.

Seria o fato justificador do negócio jurídico, o fato que o elemento categorial inderrogável faz referência. A causa pressuposta, para o autor, seria um requisito que gera a nulidade do negócio, caracterizado no porquê do negócio e que encontra sua resposta em fato logicamente anterior a ele; sendo, tal fato, pois, a sua causa:

São exemplos de negócio com causa pressuposta: todos os contratos reais (o mútuo, o depósito e o comodato), por pressuporem logicamente a entrega da coisa; a confissão de dívida, a novação, a delegação e a dação em pagamento, por pressuporem dívidas já existentes; a fiança, que supõe o débito do afiançado, a transação, que supõe a lide ajuizada ou por ajuizar; possuem causa pressuposta visto que, "em todos esses casos, o porquê do negócio encontra sua resposta em fato logicamente anterior ao negócio; este fato é, pois, a sua causa."⁴⁹⁷

A ideia de causa pressuposta é a de requisito de validade do negócio, redundando a sua falta em nulidade do ato negocial. Deste modo, celebrado o mútuo, sem que haja a entrega da coisa, ou se acordada a fiança que eventualmente garante débito inexistente, tais negócios serão nulos, pois nesses casos a causa pressuposta – entrega da coisa no caso do mútuo e débito anterior para ser afiançado – funcionam como requisito de validade do negócio jurídico.

Na cessão de gestação uma causa pressuposta pode ser identificada. Com efeito, para que a cessão de direitos e deveres ocorra entre a mãe idealizadora do projeto parental e a gestante que assumirá as obrigações de gestar o bebê, existe uma causa anterior, qual seja, a celebração do contrato de reprodução assistida com a clínica de reprodução.

Se não se fizesse o contrato reprodutivo com a assunção da obrigação da clínica para com a idealizadora do projeto parental não haveria que se falar em cessão de gestação ou na contratação de uma mulher para receber o embrião humano do casal idealizado da filiação, ou seja, a existência de um crédito com a clínica é a causa

⁴⁹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 167.

pressuposta da cessão de gestação que se realiza entre a idealizadora da filiação e a futura gestante.

A causa pressuposta se assemelha à descrição de causa remota, assim nomeada por outros autores como, por exemplo, Clovis Couto e Silva:

Denomina-se "causa remota" um pressuposto objetivo da causa típica que caracteriza o negócio: assim, a atribuição que se faça para adimplir uma preexistente obrigação tem por causa o pagamento, ou seja, a satisfação do interesse do credor; mas este tem, por sua vez, por pressuposto a relação de obrigação que se considera preexistente. Ora, não é nulo o ato de transferência se a pressuposta obrigação se revela depois insubsistente; mas cabe a quem pagou a repetição do indébito. Nisso se manifesta a relevância indireta da causa remota.⁴⁹⁸

Antonio Junqueira de Azevedo aponta a causa final, a qual passa-se ao estudo neste momento. Adota-se, neste trabalho, o conceito de causa final abstrata, referindo-se a uma possível função a que o negócio se preste. Assim, a causa final não se refere às intenções particulares de cada parte, mas sim ao escopo jurídico que se pretende alcançar com aquela celebração negocial. Há um escopo último para o negócio como um todo e não vários escopos particulares. Emilio Betti afirma que a causa final pode ser entendida como a situação jurídica que o negócio visa criar no lugar da preexistente.⁴⁹⁹

Luciano Penteado, ao abordar o caráter sinalagmático das obrigações assumidas pelas partes em um negócio, afirma que a causa final tem de ser, para “garantia de controle do espaço privado de autonomia pela ética, a reciprocidade obrigacional, a dependência das prestações, esse vínculo imanente que ata as prestações [...]”. A causa final “é também, para cada contratante, a sua atividade, o comportamento que leva ao adimplemento, que é também desejado”.⁵⁰⁰

Depreende-se do texto de Clóvis de Couto e Silva seu posicionamento sobre a causa. Entende o autor que a causa exerce, no negócio, a função de causa final:

O titular do direito subjetivo, ou o seu procurador, quando engendra um negócio de disposição, o faz conforme um fim (os tomistas já diziam: *omne agens agit propter finem*) que deve estar dentro dos limites da autonomia da

⁴⁹⁸ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 64.

⁴⁹⁹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 339.

⁵⁰⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 78-79.

vontade. Esse fim imediato nada mais é, na verdade, que a causa do ato jurídico valorizada embora indiretamente.⁵⁰¹

Joana Graff, em entendimento com o qual se coaduna neste trabalho, compartilha da orientação de Junqueira de Azevedo quando entende que o significado mais importante que se deve atribuir à causa é o de causa final, em sua subdivisão típica e concreta. Esses significados, entendidos como instrumentos a serem utilizados pelo jurista para identificar as normas aplicáveis ao caso concreto com vistas a uma qualificação funcionalizada, é que justificam, no sistema jurídico brasileiro, a preservação e a valorização da causa contratual.⁵⁰²

A análise da causa de um negócio se torna relevante especialmente quando se tem como objeto um direito personalíssimo a direcionar a interpretação do negócio por um viés um tanto quanto diferente dos negócios patrimoniais.

A hermenêutica negocial deve se atentar à conotação solidarista e constitucional, voltada estritamente à dignidade das pessoas envolvidas, com uma conotação protecionista da pessoa humana.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao falar sobre a causa de um negócio, esclarece que a razão jurídica garantidora da tutela reside exatamente no fato de que o negócio deve ser celebrado por razões que o ordenamento jurídico considera admissíveis e merecedoras de tutela, de proteção.⁵⁰³

Sendo o negócio de cessão de gestação uma situação fática não inteiramente acolhida e nem sempre reconhecida, a depender dos termos de sua constituição, enquanto situação existente perante o ordenamento jurídico brasileiro, revela-se a importância de uma nova hermenêutica, capaz de ampliar o aspecto de visão, a fim de possibilitar seu amparo legal e a consequente proteção das partes envolvidas por meio do suporte jurídico necessário. Para tanto, a análise de sua validade e da eficácia se faz relevante. É com este tema que se ocupa o tópico subsequente.

⁵⁰¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 63.

⁵⁰² MARTINS, Joana Graeff. **Uma abordagem acerca da causa contratual**. 2008. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8053>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁵⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **civilistica.com**, v. 2, n. 1, p. 1-24, 30 jan. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/55>. Acesso em: 22 nov. 2022.

4.3 FINALIDADE ESTRUTURAL DA CAUSA: PLANO DA VALIDADE E EFICÁCIA

A classificação dos negócios jurídicos, na visão de Antonio Junqueira de Azevedo, se dá de maneira diversa da esquematização tradicionalmente apresentada por Pontes de Miranda. Os dois autores concordam que a análise da existência, da validade e da eficácia dos negócios requer a observação dos elementos que compõem cada plano. Entretanto, Antonio Junqueira de Azevedo, tendo a escada ponteana por base na construção de sua teoria, termina por ampliá-la, apresentando os elementos gerais, os elementos categoriais e os elementos particulares do negócio.

Tendo este estudo ultrapassado a análise da existência do negócio jurídico e, na sequência, enfrentado a problemática conceituação da causa contratual, resta agora o entendimento de sua aplicabilidade no exame da validade e da eficácia negociais. Nos termos da teoria ponteana⁵⁰⁴ e em conformidade com o art. 104 do Código Civil brasileiro⁵⁰⁵, os negócios jurídicos devem ser avaliados sob três primas diferentes: o plano da existência, o plano da validade e, por fim, o plano da eficácia.

O plano da validade⁵⁰⁶, no qual se concentra nesse ponto da pesquisa, requer que o agente seja capaz⁵⁰⁷, o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável

⁵⁰⁴ Marcos Bernardes de Mello explica que Pontes de Miranda propôs a estruturação do mundo jurídico em três planos: da existência, da validade e da eficácia, nos quais se desenvolve a vida dos fatos jurídicos, consideradas todas as vicissitudes a que estão sujeitos. No plano da existência entram todos os fatos que recebem a incidência juridicizante da norma jurídica. Portanto, concretizado suficientemente o suporte fático, a norma jurídica que o prevê incide e lhe dá entrada no mundo jurídico no plano da existência, sem exceção. Em se tratando de atos jurídicos, lato sensu, estes passam para o plano da validade, onde será aferida a sua perfeição: se são válidos ou se são inválidos. Sendo válido, o ato jurídico passa ao plano da eficácia, onde, estando apto, produzirá seus efeitos específicos". *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17.

⁵⁰⁵ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵⁰⁶ Acerca do plano da validade, Marcos Bernardes de Mello afirma que, no Direito brasileiro, o Código Civil apenas menciona (a) a capacidade do agente, (b) a licitude do objeto e (c) a obediência à forma prescrita ou não defesa em lei como pressupostos específicos de validade do ato jurídico. Essa enumeração legal, como se vê, é insuficiente, incompleta, porque não menciona todas as causas de invalidade, deixando de referir-se, explicitamente, à possibilidade do objeto e sua compatibilidade com a moral, como também à inexistência de deficiência dos atos jurídicos, dentre as quais se incluem os vícios que afetam a manifestação da vontade e outros defeitos que comprometem a perfeição e causam a invalidade, por anulabilidade, do ato jurídico, além da anuência de outras pessoas que, em certas situações, é exigida. *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-18.

⁵⁰⁷ Marcos Bernardes de Mello classifica os pressupostos de validade dos atos jurídicos em três categorias, quanto: (a) ao sujeito; (b) ao objeto; e (c) à forma da exteriorização da vontade. (a) A primeira categoria se refere ao problema da manifestação da vontade, visando a resguardá-la em

e a forma prescrita ou não defesa em lei. Ken Basho Neto, neste sentido, esclarece que do art. 104 do Código Civil se extrai que para a existência dos negócios jurídicos é necessário um objeto, uma forma e a composição de uma vontade. Não havendo esses elementos conjugados, não há negócio jurídico⁵⁰⁸, ou seja, a manifestação de vontade livre, somada aos demais elementos essenciais, mostra-se determinante para a adequada aceitação e o ingresso do ato no universo jurídico. Como já informado linhas atrás, Antonio Junqueira de Azevedo, aproveitando-se do texto da lei e de tais construções doutrinárias, acrescenta mais alguns requisitos necessários para a mais completa percepção da validade de um ato, atrelando-os à causa negocial.

Antes de adentrar especificamente no estudo da relação entre causa e os planos de validade, faz-se necessária uma observação sobre o objeto do negócio jurídico à luz da teoria desenvolvida pelo marco teórico aqui utilizado. O objeto de cada negócio jurídico envolve os elementos categoriais inderrogáveis, os derogáveis e os elementos particulares, conforme se depreende do texto a seguir:

O objeto do negócio, abrangendo todo o seu conteúdo, encerra em si aqueles elementos, que, na ordem decrescente de abstração, se colocam abaixo dos elementos gerais de negócio jurídico, ou seja: a) em primeiro lugar, os elementos categoriais inderrogáveis, desde que da espécie que poderíamos chamar objetiva ou causal (o acordo sobre o preço e a coisa, numa compra e venda, por exemplo, faz parte do objeto do negócio); b) em segundo lugar, todos os elementos categoriais derogáveis, que, de resto, vão constituir o conteúdo implícito do negócio e que, por isso mesmo, muitas vezes, são chamados erroneamente de “cláusulas” implícitas; e, c) finalmente, em terceiro lugar, todos os elementos particulares, isto é, as diversas cláusulas (condições, termos etc.) no negócio expressamente incluídas.⁵⁰⁹

Para o estudo da causa e sua finalidade nos referidos planos importa observar os elementos categoriais do negócio descritos por Antonio Junqueira de Azevedo. Estes se subdividem em categoriais derogáveis e inderrogáveis. No entanto, neste

relação à sua consciência e autenticidade. Tem cunho protectivo das pessoas e de seu patrimônio.(b) A segunda tem por fundamento a consonância do ato jurídico com o direito ou com a natureza das coisas, considerando-se aí a licitude, a moralidade e a possibilidade do seu objeto.(c) E, finalmente, a terceira se baseia no pressuposto de que certos atos jurídicos, pela sua relevância, devem ser praticados segundo solenidades especiais e obedecendo a determinada forma capaz de melhor documentar a conclusão do negócio, facilitando a sua prova. In: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 18.

⁵⁰⁸ BASHO NETO, Ken. Da inexistência da “escada ponteana”: uma introdução aos planos da existência, da validade e da eficácia em Pontes de Miranda. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 2, p. 23-34, 2019. Disponível em: <https://trf1.emnuvens.com.br/trf1/article/view/104>. Acesso em: 15 jul. 2022.

⁵⁰⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 155.

momento do estudo só interessam os segundos, haja vista que os elementos derogáveis⁵¹⁰, por serem determinados pela própria ordem jurídica, não possuem requisitos a serem tratados no plano de validade e os inderrogáveis, por se referirem ao objeto do negócio⁵¹¹, apresentam íntima relação com a causa contratual e, conseqüentemente, com os planos que se passa a observar.

Os negócios causais são aqueles que, em regra, têm elemento categorial inderrogável típico, ou seja, um elemento que define sua categoria de maneira insubstituível. Sua tipicidade se refere a um fato logicamente anterior ao próprio negócio ou a um fato futuro ao qual tende.⁵¹² Se o elemento categorial se refere a fato passado, diz-se que o negócio jurídico celebrado tem uma causa pressuposta. Quando se refere a fato futuro, a causa é final.

Sobre os elementos categoriais inderrogáveis, Junqueira de Azevedo entende que as partes, ao escolherem determinado tipo de negócio, deverão ter em mente que o negócio escolhido deverá seguir determinado regime jurídico. Ora, entre as regras a que o tipo escolhido está submetido estão aquelas que prevêm as qualidades que

⁵¹⁰ Na esteira dos juristas romanos e com base na idéia de *natura* de cada tipo de negócio, a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência, são os *elementos categoriais* essenciais ou *inderrogáveis*; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo, são os *elementos categoriais naturais ou derogáveis*. A doutrina tradicional romanística estava absolutamente certa, portanto, quando, com base nas fontes romanas, distinguia, *em cada tipo de negócio*, os elementos essenciais e os naturais. Afinal, não se havia, ainda, chegado à categoria mais abstrata (negócio jurídico); o que havia eram tipos de negócio. Ora, realmente, cada tipo de negócio tem elementos que lhe caracterizam a essência (*essentialia negotii*) e elementos que resultam de sua natureza, sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia negotii*). Os primeiros são *inderrogáveis*, no sentido de que, se derogados, já não teremos aquele negócio, enquanto os segundos são *derrogáveis*, no sentido de que, mesmo repelidos pelas partes, seu regime jurídico continuará o mesmo (logo, quanto a estes elementos, há, para as partes, uma situação de *onus de se manifestar*, se quiserem afastá-los). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 44-47.

⁵¹¹ Muito embora o objeto do negócio mantenha íntima relação com a causa do contrato os dois institutos, objeto e causa, não se equiparam. Nesse sentido Luiz Renato da Silva afirma que "C. Demolombe entendia que nos contratos sinalagmáticos era impossível dissociar-se a teoria da causa da teoria do objeto. Se a causa da obrigação de um era a obrigação do outro, então o objeto desta é que justificava a existência daquela e vice-versa, recaindo sobre a coisa que é objeto da prestação. Da mesma forma Aubry *et* Rau apenas distinguem o objeto da causa no que tange ao enfoque com que se examina o vínculo. Do ponto de vista do objeto, examina-se cada uma das prestações isoladamente. Sob o ângulo da causa, examinam-se as prestações de forma respectiva." In: SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 71.

⁵¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 167.

seus elementos categoriais precisam ter para os negócios serem válidos como aquele tipo de negócio.

Em outras palavras, sendo o negócio objetivo (e não abstrato), ou seja, que tem um objeto que determina o tipo de negócio a ser celebrado, desvelam-se requisitos de validade que devem ser observados pelas partes para que o negócio seja aceito no ordenamento jurídico. No caso de negócio jurídico com causa pressuposta, a observação desta causa é o requisito de validade do negócio, além, é claro, de outros requisitos comumente citados pela doutrina ponteana, tais como a manifestação de vontade livre, a licitude do objeto etc. Daí a relação existente entre o objeto (elemento categorial inderrogável) e a causa.

No mesmo sentido, importante observar o objeto do negócio pela visão de Emílio Betti, que o intitula de "conteúdo" do negócio jurídico e também estabelece uma relação com a causa. Tem-se que o conteúdo negocial é um preceito de regulação da vontade das partes que visa a escopos práticos de carácter típico, socialmente valoráveis pela sua constância e regularidade na vida de relações correntes.

Nas palavras do autor:

Quem promete, dispõe, renuncia, aceita, não pretende, pura e simplesmente, obrigar-se, despojar-se de um bem, transmiti-lo, adquiri-lo sem outro fim, não procura fazer tudo isso só pelo prazer de praticar um acto que seja fim em si mesmo. Mas procura sempre atingir um dos escopos práticos típicos que governam a circulação dos bens e a prestação dos serviços, na interferência entre as várias esferas de interesses que entram em contacto na vida social: obter um valor correspondente, trocar um bem ou um serviço por um outro, abrir um crédito, doar, cumprir uma obrigação precedente, desinteressar-se de uma pretensão, transigir num processo etc.⁵¹³

Assim, fica claro, pela posição do autor, que o conteúdo do negócio, também chamado de objeto, ou, ainda, de elemento categorial inderrogável, tem relação com o que se pretende alcançar com a realização do acordo, ou seja, a causa negocial. A ligação do objeto com a causa se estabelece porque, para o autor, em qualquer negócio, analisado no seu conteúdo, pode se distinguir, logicamente, um regulamento de interesses nas relações privadas e uma razão prática típica que lhe é imanente, uma "causa", isto é, um interesse social objetivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder.⁵¹⁴

⁵¹³ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 333.

⁵¹⁴ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 333.

Corroborando deste mesmo entendimento, Junqueira de Azevedo afirma que essa classificação sobre a causa ganha importância quando da análise da validade e da eficácia desses negócios, pois a validade de um negócio abstrato não se liga a sua causa, lembrando que no direito brasileiro não existem negócios absolutamente abstratos (sem causa), mas somente os relativamente abstratos (com causa), o que significa dizer que a “falta de causa sempre terá relevância entre as partes, como é o caso dos títulos cambiais”.⁵¹⁵

Diante de tal correlação, e com o fito de ilustrá-la, Antonio Junqueira de Azevedo apresenta a situação de um negócio causal com causa pressuposta na existência do débito a ser extinto, na novação (art. 1.007 do Código Civil)⁵¹⁶ e na existência de litígio, atual ou potencial, na transação (art. 1.036 do Código Civil).⁵¹⁷ Em tais casos a existência da causa, que é pressuposta, portanto, cronologicamente anterior ao negócio, será um requisito de validade.⁵¹⁸

Antonio Junqueira de Azevedo explica que:

Se a summa divisio dos elementos categorias inderrogáveis era, pois, em formais, dando origem a negócios abstratos, e objetivos, dando origem a negócios causais, estes últimos elementos, conforme consistam, ou em uma referência a fatos anteriores, que justificam o negócio, ou em uma referência a fatos futuros, que são fins a atingir pelo negócio, podem se subdividir em elementos objetivos com causa pressuposta e elementos objetivos com causa final. A influência da causa será diversa num e noutro caso.⁵¹⁹

Desta forma, quando se está tratando de um negócio biojurídico, o objeto desta relação negocial é, ou envolve, diretamente, um direito personalíssimo que se constituirá, passará por uma modificação ou se extinguirá por meio da declaração contida no negócio a ser celebrado. A partir deste objeto se determina o tipo negocial,

⁵¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 155.

⁵¹⁶ Art. 1.007. Não se podem validar por novação obrigações nulas ou extintas. *In*: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 9 fev. 2023.

⁵¹⁷ Art. 1.036. É nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação. *In*: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 9 fev. 2023.

⁵¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 54.

⁵¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 167.

como, por exemplo, uma compra e venda, uma doação, uma locação, uma cessão ou tantos outros negócios, inclusive atípicos⁵²⁰, também permitidos pelo ordenamento jurídico. A esse objeto se liga uma causa do negócio ter sido celebrado, seja ela pressuposta ou final.

Antonio Junqueira de Azevedo enfatiza que embora não sirva para determinar o regime jurídico a que obedece o negócio, sendo esta tarefa direcionada ao objeto negocial, há relevância no entendimento adequado da causa de um negócio jurídico para os planos da validade e da eficácia:

À semelhança da vontade, que também não é elemento do negócio, mas é extraordinariamente importante para sua validade e eficácia, também a causa não age no plano da existência, e sim, conforme se trate de causa pressuposta ou de causa final, age, ou no plano da validade, ou no plano da eficácia. A inexistência de causa (nos negócios causais), em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, nulidade por falta de causa (portanto, a existência da causa é, aí, requisito de validade) e, quando a hipótese for de causa final, ineficácia superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência da eficácia). Em ambos os casos, o papel da causa será de proteção à parte, que se fiou na existência (passada ou futura) da causa.⁵²¹

Para o autor, é importante observar a função da causa a partir de parâmetros objetivos. Emilio Betti, corroborando do mesmo entendimento, afirma que a causa se liga ao conteúdo do negócio, sem, no entanto, se identificar com ele.⁵²² Assim, a causa não faz parte do negócio, ou seja, não está contida entre os elementos que compõem o negócio de maneira essencial, categorial ou como elemento particular, muito embora exerça papel imprescindível, ora para a verificação da validade do negócio jurídico, ora para a eficácia.

Percebe-se que não dá para fazer uma análise do negócio quanto à validade e à eficácia sem antes identificar a causa, se ela existir. Existe uma relação entre os planos de validade e de eficácia e a causa. Assim, para que se faça a análise destes

⁵²⁰ Certo que a autonomia privada, princípio regente do direito contratual, deixa aos privados a possibilidade de adaptarem os variados tipos e até mesmo criarem tipos novos. Tratar-se-ia, aqui, dos contratos inominados ou atípicos que, nem por isso, seriam desprovidos de causa, mas que expressariam conteúdos novos para o esquema causal de função econômica, pela inclusão de novas funções. In: SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

⁵²¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 172.

⁵²² BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1. p. 333.

planos, necessariamente, deve-se identificar se o negócio é causal ou não, a partir da observação de seu objeto.

Em caso positivo, passa-se à análise de se a causa é pressuposta ou final e só então é possível concluir pela sua validade ou pela sua eficácia, respectivamente, a depender da causa. Nota-se que aqui se encontra a grande diferença doutrinária de Antonio Junqueira de Azevedo referente ao tema, na medida em que a maioria da doutrina não associa a causa como um instituto necessário para a validade e a eficácia do negócio. Desvela-se, na fala do autor, a finalidade do estudo da causa e de sua observação no negócio jurídico concreto.

Nota-se que, influenciados pela doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo, outros autores confirmam a relevância da causa no negócio jurídico. Neste sentido, Jose Abreu afirma que "a causa constitui, sem dúvida alguma, segundo a aferição da doutrina, um elemento essencial, não somente dos contratos, mas de qualquer negócio jurídico. Todo negócio jurídico tem uma causa".⁵²³

Para Jose Abreu:

No que diz respeito à importância prática de tal distinção entre negócios causais e abstratos, assinala a doutrina que as consequências de uma e outra figura se projetam de maneira diversa no que tange à produtividade de efeitos. Enquanto nos negócios de natureza causal ou material a falta ou ilegalidade da causa acarretará sempre a invalidade dos efeitos, ou, mais ainda, a sua improdutividade, mais precisamente, resultando aquela (a invalidade) da falta ou vício que afeta elemento essencial, o mesmo não ocorre no que concerne aos negócios de natureza abstrata ou formal, em que, ao contrário, os efeitos se produzem, ainda quando falte a causa ou seja ela ilícita.⁵²⁴

No mesmo sentido, para Francisco Amaral, "a causa não é propriamente um elemento do negócio jurídico como a doutrina costuma apresentá-la". Ela não atua no "plano de existência do negócio, como a vontade, o objeto, a forma, mas como requisito de validade ou de eficácia, com uma função de proteção à parte que acreditou na sua existência".⁵²⁵

Maria Celina Bodin de Moraes aponta ainda mais uma importante função à causa. A autora afirma que o problema central da causa é o problema do

⁵²³ ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 70.

⁵²⁴ ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 72.

⁵²⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 441.

reconhecimento jurídico do negócio; é o problema do porquê existe o negócio, de qual é a sua razão (jurídica) de ser, em suma, a sua causa.⁵²⁶

Neste sentido, complementa e destaca a principal utilidade da causa:

A principal utilidade da análise do elemento causal é apontada, exatamente, no serviço que presta como meio de recusa de proteção jurídica a negócios sem justificativa ou sem significação social. Assim é que o negócio pode ter como requisitos de validade apenas a declaração de vontade, o objeto e a forma (art. 104, CC 2002); mas, a causa – ou a especificação da função que desempenha – é o elemento que o define, que lhe é próprio e único, e que serve a diferenciá-lo de qualquer outro negócio, típico ou atípico. É, portanto, também o elemento que lhe dá – ou nega – juridicidade.⁵²⁷

Sendo, sob tais pontos de vista, inconteste a utilidade da causa no contexto dogmático e jurídico dos negócios, passa-se a analisar, agora, como se dá a sua aplicação no plano da validade dos negócios jurídicos.

Sabe-se que todos os atos humanos são analisados juridicamente pelos planos da existência e da eficácia e os negócios jurídicos são os únicos que exigem um plano a mais de observação, qual seja, o plano da validade. Entre os fatos jurídicos, o negócio é o único que consiste em uma declaração de vontade, ou seja, numa manifestação de vontade vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos desejados pelas partes declarantes.⁵²⁸ No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade expressa sua força essencialmente nos planos da existência e da validade, ao passo que, no negócio jurídico, vai além, alcançando o plano da eficácia.

Sendo o negócio o espaço de maior abertura do sistema jurídico para o exercício da autonomia privada, ao permitir que as partes façam nascer relações jurídicas e, assim, determinem e concretizem suas vontades, por certo que essa fonte não pode ser ilimitada. Em outras palavras, por ser o negócio uma classe de fatos jurídicos que se distingue por se consubstanciar em uma declaração de vontade permitida pelo ordenamento jurídico, capaz de atribuir efeitos em conformidade com o que é manifestado e querido pelas partes, o Direito apresenta certas regulamentações, a fim de evitar que ocorram declarações decorrentes de vontades

⁵²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **civilistica.com**, v. 2, n. 1, p. 1-24, 30 jan. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/55>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁵²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **civilistica.com**, v. 2, n. 1, p. 1-24, 30 jan. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/55>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁵²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 51.

débeis, não correspondentes à exata consciência da realidade ou provenientes de violência imposta sobre a pessoa que a emitiu.⁵²⁹ Algumas destas limitações podem ser encontradas no plano de validade do negócio, por meio de seus requisitos.

Para a verificação da validade do negócio jurídico alguns requisitos se apresentam, sejam eles intrínsecos, extrínsecos ou categoriais, conforme a classificação de Antonio Junqueira de Azevedo. Os requisitos intrínsecos ao negócio são os mesmos elementos do plano de existência que o constituem e que, agora, no plano da validade, se tornam requisitos adjetivados.

Desta forma, partindo da compreensão de que o negócio jurídico é sempre uma declaração de vontade, apresenta-se esta como o primeiro requisito e que tem como adjetivos a necessidade de ser livre, de boa-fé e conscientemente manifestada⁵³⁰.

O segundo requisito repousa no objeto do negócio que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável⁵³¹. Por fim, o terceiro requisito é de que a forma seja livre ou não prescrita na lei.⁵³² Quanto às circunstâncias negociais, que Antonio Junqueira de Azevedo apresenta como sendo um elemento de existência, não se apresenta nenhum adjetivo qualificador no plano da validade, tendo em vista serem avaliados somente no plano de existência.

Já os elementos gerais extrínsecos, que são o agente, o tempo e o lugar, devem ser, respectivamente, capaz, útil e adequado.⁵³³ Quanto aos elementos categoriais, os inderrogáveis possuem requisitos específicos para a validade do negócio. Desta

⁵²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 52.

⁵³⁰ Constitui também pressuposto de validade do ato jurídico que a manifestação da vontade que o integra seja perfeita, no sentido de que não contenha defeitos invalidantes, isto é, revele o querer do sujeito o mais rente possível à realidade. É preciso, portanto, que seja (a) autêntica e (b) não contenha defeitos invalidantes. Acrescente-se a isto a boa-fé e a equidade, que, nas chamadas relações de consumo, são pressupostos cuja ausência nulifica as cláusulas que regulam as condições gerais dos contratos, tornando-as abusivas. *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 33-34.

⁵³¹ Consoante observa Pontes de Miranda, a expressão objeto do ato jurídico não deve ser entendida ao pé da letra, em sentido próprio e estrito, porque nela se deve considerar incluída a questão da licitude e possibilidade do objeto da prestação. O objeto do negócio pode ser lícito; mas, se a prestação é ilícita, nulo será o negócio jurídico. *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 34.

⁵³² Se a lei exige, para a formalização de ato jurídico, determinada forma, esta, por constituir-se elemento completante do seu suporte fático, há de ser atendida sob pena de invalidade. Do mesmo modo, se o emprego de certa forma é proibida: a sua utilização faz inválido o negócio jurídico. *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

⁵³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 53.

forma, se forem causais, com causa pressuposta, a existência da causa será requisito de validade.⁵³⁴

Percebe-se que a consequência da observação da causa nos negócios jurídicos implica resultados diferentes do que se tem atingido na análise de casos concretos. Nota-se que a lei, diante da recusa em observar a causa do negócio, apresenta saídas não tão adequadas, haja vista que o juiz, diante do caso concreto, não pode se furtar a apresentar uma solução jurídica.

A observação da causa pressuposta do negócio leva à simplificação de solução de casos concretos por meio da consideração de nulidade de negócios que não atendam à causa negocial. É o que se denota no exemplo do mútuo.

O mútuo é o contrato por meio do qual uma das partes recebe para consumo uma coisa, devendo, depois de certo prazo, entregar coisa equivalente (do mesmo gênero, qualidade e quantidade). A causa final é a cessão do “gozo que se obtém com o uso do dinheiro ou de outras coisas fungíveis”.⁵³⁵ Já a causa pressuposta é residente na entrega da coisa pactuada e caracteriza o fato justificador do negócio (a que seu elemento categorial inderrogável faz referência).

O referido contrato é apresentado pela doutrina como sendo de natureza real, o que significa que somente se perfaz com a tradição da coisa, de modo que, se houver a pactuação entre duas partes, combinando a realização do mútuo sem a análise da causa, em conformidade com o sistema jurídico posto, o que haveria seria somente uma “promessa de mútuo”; esta, sim, contrato consensual e que, acaso descumprida, ensejaria a sanção de perdas e danos, ou seja, o contrato de mútuo, sem o seu aperfeiçoamento, não ingressa no universo jurídico no plano da existência, ou seja: no mútuo, em que não houve a entrega da coisa, diz-se que o negócio não se constituiu, que não houve contrato de empréstimo, muito embora, de fato, o acordo tenha sido feito e estaria apto a ser totalmente considerado um contrato existente. Se

⁵³⁴ Antonio Junqueira de Azevedo afirma que tratar do papel da causa nos negócios com causa pressuposta, quer nos parecer que a causa poderá influenciá-los no plano da validade, e não mais, no plano da eficácia. Assim, a solução será, quando faltar o fato justificador do negócio (a que seu elemento categorial inderrogável faz referência), considerá-lo nulo; é a “solução francesa” sobre a causa (causa como requisito de validade). Se, num mútuo, não houve a entrega da coisa, o negócio é nulo; nulo, também se deverá considerar o reconhecimento do filho ilegítimo que, posteriormente, se vem a saber não ser realmente filho; nula, a fiança, que garante débito inexistente; nula, a dação em pagamento, sem débito anterior, etc. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 180.

⁵³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 718.

for considerada a teoria da causa pressuposta, a não entrega da coisa resultaria na nulidade do contrato e não na ausência de mero “aperfeiçoamento” do pacto.

A mesma solução jurídica se pode antever no contrato de fiança. Entretanto, por razões diferentes da apresentada em lei. Neste tipo de negócio uma pessoa se compromete a cumprir uma obrigação caso o devedor principal não a cumpra.⁵³⁶ Percebe-se que o fiador se vincula pessoalmente à satisfação do crédito, comprometendo-se, junto ao devedor, em face do credor. A obrigação assumida pelo fiador é sempre acessória, por pressupor uma obrigação principal anterior.

Como tal obrigação é o cerne de todo o contrato, a fiança é sempre um contrato acessório que só passa a existir em razão do principal, do qual é dependente. Desta forma, o contrato principal se mostra como a causa pressuposta do acessório. Já a causa final pode ser extraída da redação do artigo 818 do Código Civil, qual seja, o reforço da garantia com a vinculação do patrimônio do fiador à responsabilidade.

Assim, em caso de celebração contratual da fiança que se perceba, posteriormente, tendo como causa principal um contrato nulo, o segundo acordo, existente nos termos da lei, deve ser declarado também nulo, haja vista a inexistência de causa pressuposta. Percebe-se pelo art. 824 do Código Civil⁵³⁷ que o legislador confere esse efeito de nulidade diante de tais situações, entretanto, não justifica a solução jurídica na ausência de causa.

Tais exemplos demonstram que há fundamento, necessidade e compatibilidade do recurso à causa para uma interpretação mais adequada dos casos concretos. Entretanto, por outras vias legais, o sistema jurídico supre, em maior ou menor proporção, a ausência da adoção da causa na teoria nacional e permite que se chegue a uma solução jurídica. Enfatiza-se que este fenômeno se dá ainda que estas fundamentações não estejam tecnicamente tão adequadas.

Antonio Junqueira de Azevedo ainda ilustra outras situações de relevância da causa nos negócios:

⁵³⁶ Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵³⁷ Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

Aliás, em outras inúmeras hipóteses, como as de confissão de dívida sem a dívida preexistente, de exercício de direito potestativo (por exemplo, o direito de dar por findo certos contratos, ou o direito de opção obrigações alternativas) sem que haja o direito potestativo, de novação sem a obrigação a ter a ser novada, de transação sem lide a ajuizada ou por ajuizar de sub rogação convencional sem o débito anterior, de contrato aleatório sem o risco que ele supõe etc., o direito brasileiro considera, mesmo sem o confessar, que a inexistência de causa pressuposta acarreta a nulidade do negócio jurídico.⁵³⁸

No universo do Direito positivado, quando se trata de negócios patrimoniais, a causa já se mostra relevante e adequada à melhor interpretação dos casos concretos. Contudo, o que se busca destacar, nesta pesquisa, é o exercício da função que a causa desempenha nos negócios extrapatrimoniais: se seria possível concluir por uma faculdade de aplicação da causa nos negócios de cunho econômico, tendo em vista que o sistema jurídico contorna a referida ausência de previsão causal dos negócios e busca por outros meandros proteger as partes envolvidas para não prejudicar-lhes. Nos negócios biojurídicos, a ausência da noção de causa e de sua real apreciação diante dos casos concretos conduz a graves desacertos hermenêuticos.

A título exemplificativo, e como forma de maior elucidação do pensamento defendido neste trabalho, pode-se identificar o requisito de validade específico do negócio de cessão de gestação quando as partes estabelecem um acordo com a gestante unicamente como corolário de uma contrato previamente celebrado com uma clínica de reprodução assistida. Nota-se que o contrato principal se apresenta, neste negócio, como causa pressuposta do segundo e, portanto, como requisito de validade dele.

Enfatiza-se que outro poderia ser o requisito de validade de outro tipo negocial, especialmente se tivesse outro bem personalíssimo como objeto da negociação. Desta forma, reitera-se, cada negócio requer uma análise única e específica sobre seus objetos, causas e, conseqüentemente, sua validade no universo jurídico. A abstração não é concebível neste nível de estudo causal.

Como já inicialmente demonstrado, para além da relevância no plano da validade de um negócio jurídico, a causa serve também à análise do plano de eficácia, sempre que no negócio se estiver a postular uma causa final, como se passará a observar.

⁵³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 182.

Recomendada por Antonio Junqueira de Azevedo, a aplicação da técnica de eliminação progressiva⁵³⁹ mostra que, analisados os planos de existência e, depois de validade, passa-se a verificar se o negócio produz efeitos ou não. Entra-se, assim, no plano de eficácia do negócio jurídico. O potencial de produção de efeitos do negócio, no entanto, pode ser obstado – ou, ao menos, prorrogado – se houver alguma cláusula negocial especial prevendo protelação da eficácia dos atos negociados, por exemplo em uma condição, um termo ou um encargo a alguma das partes.

Luiz Renato Ferreira da Silva afirma que “a causa, no nosso direito, não esta na lei, mas está, porque é inevitável, no ordenamento como um todo e atua como fator de manutenção da eficácia”.⁵⁴⁰

Neste sentido, tem-se que:

Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama "negócio inexistente". Se houver os elementos, mas, passando ao plano da validade, faltar um requisito neles exigido, o negócio existe, mas não é válido. Finalmente, se houver os elementos e se os requisitos estiverem preenchidos, mas faltar um fator de eficácia, o negócio existe, é válido, mas ineficaz (ineficácia em sentido restrito).⁵⁴¹

Giselda Hironaka, corroborando com o pensamento de Antonio Junqueira de Azevedo, afirma que a causa é o que justifica a prestação e a contraprestação, ou seja, o deslocamento patrimonial, uma vez que se ela não é elemento do contrato (pressuposto de existência ou requisito de validade), pode se opor como fator de eficácia, especialmente quando atua no sentido de admitir a geração dessas relações, inclusive, amplia a autora o entendimento para abarcar uma finalidade da causa também em relações não contratuais, contratuais *ex facto* ou paracontratuais, nas

⁵³⁹ O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de *técnica de eliminação progressiva*. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito "ato inexistente") e, então, essa aparência não passa, como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, e sim, somente os negócios existentes; aí, nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão ou eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 74.

⁵⁴⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76.

⁵⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 73.

quais se dê a reciprocidade das prestações. Para ela, a mesma estrutura que a causa desempenha nos contratos pode ser encontrada nesse outro modelo de relações, justificando a sua juridicidade”.⁵⁴²

Nos contratos sinalagmáticos a causa consiste na dupla realização da prestação e da contraprestação de cada parte. Quando o negócio é constituído no plano da existência e considerado válido no plano da validade o descumprimento de alguma das prestações assumidas pelas partes contratantes autorizará que a outra parte também, e, conseqüentemente, não a cumpra, tendo em vista que a prestação da segunda acaba por se tornar sem causa e, portanto, o negócio perde eficácia.

Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, tem-se que:

uma vez formado o contrato bilateral (plano de existência) e se for válido (plano de validade), o não cumprimento posterior da prestação (falta da causa referida na sua constituição) autoriza a resolução, evitando que a parte inocente seja obrigada a cumprir a sua prestação, que se tornou *sem causa*. A causa funciona, portanto, nessas hipóteses, *a posteriori*, à semelhança do evento, a que se refere uma condição resolutiva; ambos funcionam no *plano da eficácia*, na qualidade de fatores de conservação da eficácia (isto é, a falta deles constitui um fator de ineficácia).⁵⁴³

A relação da causa com a eficácia produzida ou não por um ato não é exclusividade dos contratos sinalagmáticos, como já mencionado por Gizelda Hironaka.

Antonio Junqueira de Azevedo ilustra de forma didática a relevância da causa, verificada, inclusive, em situações que não configuram uma relação contratual:

Se se trata de negócio fundacional, isto é, de instituição de uma Fundação, cujo fim deva ser, por exemplo, à descoberta do remédio contra o câncer, o negócio deverá ser considerado ineficaz, se, antes da aquisição de existência legal pela fundação, o remédio vier a ser descoberto. Ineficaz o negócio, os bens continuarão com o instituidor (se o negócio fundacional foi feito por escritura pública), ou ficarão com os herdeiros (se foi feito por testamento); ora, se não se adotar essa solução, e, apesar de preenchido o fim da fundação, se continuar cegamente no processo constitutivo, a fim de que ela venha a existir, acontecerá que, uma vez adquirida a existência, a fundação, recém- constituída, imediatamente deverá ser extinta, e, então, seus bens deverão ir à outra fundação congênere [...] o que não nos parece razoável.⁵⁴⁴

⁵⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 209-228, 2014. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002665887>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁵⁴³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 175.

⁵⁴⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 175.

No mesmo sentido, Antonio Junqueira de Azevedo cita o exemplo de uma situação jurídica de determinação de alimentos e destaca a relevância da observação da causa:

Se, por exemplo, é realizado em juízo acordo sobre alimentos, porque uma das partes reconhece que a outra deles necessita, não há aí contrato bilateral e, no entanto, uma vez cessada a necessidade do alimentário (causa final), cessa também, através dos meios processuais adequados, a eficácia do acordo. Diga-se, aliás, sobre o acordo de alimentos, que nele o exame da causa deve ser feito, de vez que, se se trata de alimentos convencionados em desquite amigável e em que a pensão à mulher foi combinada porque esta era a maneira mais conveniente de se dividirem os bens comuns (a causa, aí, é causa pressuposta, causa divisionis), não sendo causa do acordo a necessidade de manutenção, não há que se alegar a atual desnecessidade da mulher para extinção da pensão. Uma reflexão sobre essa hipótese mostra que é indispensável o exame da causa; de fato, tanto a pensão pode ter sido acordada por causa da necessidade de manutenção, quanto como maneira de se dividirem os bens; segue-se, daí, que, se a mulher vem a se ligar a outro homem, que a sustenta, a obrigação de pagamento, num caso, cessa, e no outro, não.⁵⁴⁵

Nota-se que a causa do negócio se apresenta como importante requisito para que o intérprete do Direito, diante do caso concreto conflitivo, possa fazer o melhor exercício hermenêutico a partir do papel que a causa exerce no contrato. Muito embora, no Brasil, a noção de causa, nos termos aqui estudados, expressamente seja por vezes ignorada na jurisprudência e na lei, um olhar mais detalhado permite enxergá-la, ainda que implicitamente.

No negócio biojurídico de cessão de gestação a causa final almejada pelas partes, quando da celebração do acordo, é concretizar o direito personalíssimo à reprodução de uma pessoa ou um casal que apresenta algum tipo de infertilidade ou incapacidade para, por si próprio, gestar sua prole. Esse é o escopo final que conduz as partes a se vincularem juridicamente.

A correta identificação da causa objetiva final do negócio serve como fator de eficácia dele, ou seja, a produção dos efeitos almejados, quando identificada a causa, e sem haver nenhum óbice à concretização dela, deve ser um paradigma a ser buscado pelas partes e pelo magistrado diante da apreciação do caso concreto.

⁵⁴⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 179.

4.4 FINALIDADE FUNCIONAL DA CAUSA

Até este momento da pesquisa foram apresentados os planos de análise do ato negocial, fazendo referência à teoria desenvolvida por Pontes de Miranda, que contribuiu para a didática e a precisa popularização de fórmulas indissociáveis da história do direito negocial brasileiro, influenciando toda a dogmática negocial jurídica e uma série de autores que, ao longo do tempo, foram evoluindo ainda mais com a temática.

Apoiando-se, assim, especialmente, nas construções doutrinárias de Antonio Junqueira de Azevedo, foi possível percorrer um raciocínio lógico de identificação de elementos, requisitos e fatores de um negócio jurídico, demonstrando um viés estrutural de formação, validade e eficácia destes atos que ultrapassa a clássica proposição de Pontes de Miranda e permite uma observação mais detalhada dos atos e seus efeitos.

Percebe-se que, enquanto se está a fazer a análise estrutural do negócio, nenhum juízo de valor é cabível. Observa-se apenas se estão presentes os elementos constitutivos da existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia do negócio.

O juízo de valor só se faz possível pela análise funcional do negócio. Diante da complexidade que envolve os direitos personalíssimos e a hipótese desenvolvida neste trabalho de que há a possibilidade jurídica de realização de negócio sobre tais objetos, propõe-se que nos negócios biojurídicos a interpretação dos casos concretos e a análise da validade e da eficácia não fiquem restritas à observação do aspecto estrutural do negócio. Assim, sugere-se que tais aspectos sejam analisados também quanto à função que desempenham no universo jurídico. Desta forma, ressalta-se a relevância da causa do negócio que revela exatamente essa função, aqui ineditamente intitulada de função existencial do negócio.

Destaca-se, neste ponto do estudo, a relevância da ampliação da análise do negócio, com o fito de ultrapassar a observação estrutural para alcançar um viés funcional dele.

Neste sentido, Pietro Perlingieri afirma que:

é da máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente, pode-se dizer ser que estrutura e função respondem a duas

indagações que se põem em torno ao fato. O 'como é?' evidencia a estrutura, o 'para que serve?' evidencia a função [...].⁵⁴⁶

Conforme Carlos Nelson Konder, “todo instituto jurídico possui uma estrutura e uma função”⁵⁴⁷, sendo, portanto, tais aspectos destacáveis, também, nas relações negociais. Adota-se, portanto, nesta pesquisa, a posição causalista estrutural e funcional do negócio.

Deste modo, propõe-se a ampliação do processo hermenêutico, a fim de alcançar não só os contornos estruturais do ato humano negocial, e investigar, também, a função que a declaração volitiva desempenha, já que se mostra não só necessária, mas imprescindível para a interpretação mais completa, adequada e sistêmica da teoria negocial brasileira.

Para que tal aspecto seja identificado, a compreensão da causa do negócio se revela fundamental, tendo em vista que a causa seria a situação que dá sentido jurídico ao negócio, e que, assim, o justifica, a ponto de validá-lo perante o ordenamento:

A causa em concreto se identifica com o interesse concretamente perseguido pelo contrato – e não o interesse das partes do contrato –, a ser regulado pelo ordenamento jurídico. É essa concepção de causa que permite valorar o merecimento de tutela dos interesses perseguidos que figuram de fato na base da operação negocial. Consiste, pois, na razão concreta do contrato. Buscar essa função prática significa buscar os interesses concretamente perseguidos, não sendo o suficiente simplesmente verificar se o modelo contratual utilizado é compatível com o que abstratamente está previsto no ordenamento jurídico; mais que isso, implica perseguir o significado prático da operação contratual em relação a todas as suas finalidades, que de forma expressa ou tácita fizeram parte do contrato.⁵⁴⁸

Muito embora a palavra “causa” tenha muitos sentidos, pois se trata de um conceito polissêmico, no entendimento de Antônio Junqueira de Azevedo a causa é o fim do próprio negócio”.⁵⁴⁹ Para Eduardo Nunes, a causa constitui uma realidade objetiva nos contratos – todo contrato é celebrado com uma determinada função, que

⁵⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina De Ciccio. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 94.

⁵⁴⁷ KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26.

⁵⁴⁸ BATISTA, Alexandre Jamal. **A causa do contrato e sua funcionalidade**. 2021. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/24926>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁵⁴⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986. p. 127.

decorre da soma, por assim dizer, de todos os interesses envolvidos, isto é, se na ordem jurídica brasileira todo ato de autonomia privada patrimonial deve ter seu merecimento de tutela reconhecido, então em nenhum contrato a causa será juridicamente irrelevante.⁵⁵⁰

Chega-se, portanto, à conclusão de que a causa pode ser entendida como o que se quer com o ato de obrigar-se. Qual direito se quer alcançar com a realização do negócio? O que jurídica e efetivamente as partes querem, juntas, alcançar? Em síntese, ao fim e ao cabo, identifica-se, neste trabalho, a causa como sendo o fim que as partes pretendem alcançar com a realização do negócio. É certo, para o autor, que ninguém se movimenta e realiza um ato jurídico sem pretender atingir um fim jurídico, independentemente dos motivos internos e subjetivos que o determinem.

Assim, a definição de causa parece repousar em um raciocínio lógico muito simples que Lino de Moraes sintetiza da seguinte forma:

Não há ato jurídico sem causa. O ato jurídico não é um fim em si; ele é concluído tendo em vista um fim determinado, e é o fim que se designa sob o nome de causa". A transmissão de um bem, a criação e extinção de uma obrigação não são um fim em si, mas um meio para alcançar um fim.⁵⁵¹

Por certo que a adoção, aqui sugerida, de observação da causa nas relações negociais não significa aceitar que os fins pretendidos com o negócio justificariam os meios adotados para alcançá-los, caso eles fossem ilícitos ou em desconformidade com o arcabouço jurídico posto. Implica sugerir a adesão a um critério a mais na hermenêutica dos negócios biojurídicos, qual seja, a observação da causa.

Assim, a causa pode ser entendida como o escopo jurídico que as partes buscam alcançar com a realização do negócio. Muito embora não deixe de considerar o escopo jurídico individual de cada parte, vai para além dele, principalmente ultrapassando os escopos psicológico, interno e subjetivo de cada uma. Pensa-se em um escopo maior, com o qual ambas as partes busquem concretizar um direito reconhecido juridicamente a elas por meio do negócio. Não está na esfera do Direito a observar as razões individuais e subjetivas que cada parte possuiu para contratar.

⁵⁵⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: Subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 54, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307602217_Funcao_negocial_e_funcao_social_do_contrato_subsidios_para_um_estudo_comparativo. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁵⁵¹ LEME, Lino de Moraes. **A causa nos contratos**. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1957. p. 74.

Cabe ao sistema jurídico observar a efetivação de direitos personalíssimos e das garantias constitucionais.

Se o olhar para as relações contratuais deve ser solidarista, como constatado na Seção 2 deste trabalho, a identificação da causa, que é uma só para ambas as partes, traduzindo juridicamente o pretendido com a celebração do acordo, não pode ser menos importante que a razão individual de cada parte. Por meio da causa contratual, e sempre que ela estiver em conformidade com os valores constitucionais, o negócio acaba por desempenhar um papel de instrumento de compatibilização do negócio concreto com o sistema civil-constitucional.

Propõe-se, assim, que para além da análise tradicionalmente feita com base nos parâmetros da escada ponteana, que se analise também e, concomitantemente, a causa tanto em seu aspecto estrutural do negócio, como também o seu aspecto funcional. Permite-se, portanto, pela perspectiva em tela, alinhar todas essas esferas de um negócio.

Assim, reunindo todos esses elementos é que seria possível que o magistrado, diante do caso concreto, pudesse concluir pela validade e a eficácia do negócio jurídico. Demonstra-se que a análise meramente estrutural se mostra insuficiente para aferir, no caso específico de negócios biojurídicos, com amplitude e clareza, a validade e a eficácia de tais atos.

Sendo esse fim evidenciado na causa do negócio relacionado a direitos da personalidade, tem-se que ele pode ser intitulado de fim existencial, haja vista servir à concretização de direitos de primeira monta para o sujeito integrante do negócio. Quando se está a tratar de negócios patrimoniais, a flexibilidade para a adoção e a observação ou não da causa pode ser maior.

Por se tratar de escopo meramente patrimonial, entende-se que a observância da causa se mostra, por vezes, menos relevante, tendo em vista que uma possível inobservância deste escopo final almejado com o negócio pode ser mais evidente e extraída do próprio tipo contratual adotado pelas partes, do mesmo modo que também pode não ensejar prejuízos à personalidade das pessoas envolvidas na negociação.

No entanto, quando se tratar de negócio biojurídico, tendo em vista a complexidade que envolve o objeto e a pretensão do negócio, a determinação da causa assume papel por demais significativo, a ponto de sua ausência determinar a invalidade ou a ineficácia dele, conforme a doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo. Isso, ainda, e, principalmente, pode significar grave afronta ao direito subjetivo de cada

parte de ver uma garantia constitucional não atendida diante da ofensa ao princípio da dignidade humana ou de um direito personalíssimo.

Esta tese firma, portanto, de forma original, o entendimento de que sempre que o negócio for causal e se referir a objeto personalíssimo, a identificação da causa, que servirá como instrumento hermenêutico de análise do intérprete do Direito diante do caso concreto, desempenhará papel imprescindível e, portanto, deverá ensejar sua análise obrigatória.

A função inédita defendida nesta pesquisa é a de que a causa dos negócios biojurídicos pode funcionar como o elemento capaz de viabilizar e compatibilizar a teoria contratual contemporânea para alcançar e abarcar os direitos personalíssimos dentro do universo do direito negocial. Olhar o negócio pelo viés da causa permite “humanizar” o contrato abstrato e, principalmente, diante dos casos reais submetidos à apreciação jurisdicional.

Com efeito, a incorporação do instituto da causa ao sistema negocial brasileiro significa a abertura para imprimir os valores encartados no texto constitucional dentro da clássica e, por vezes, desatualizada lei negocial e, portanto, preparar o instituto contratual para ampliar seu objeto e o alcance enquanto veículo de realização das vontades privadas, sem afrouxar demasiadamente o exercício da autonomia privada, haja vista que há a exigência de manutenção de coerência desta vontade individual com a vontade social alcançada por meio da ideia de finalidade funcional da causa.

Em outras palavras, percebe-se que a relevância do estudo da causa reside numa abertura do sistema jurídico a um controle valorativo dos contratos. Lino de Moraes Leme, acerca da essencialidade da causa nos negócios jurídicos, esclarece que “faltar ela ao negócio é faltar-lhe o seu sopro vital. Expressa, ou não, ela se incorpora aos negócios jurídicos. Explícita ou implícita na lei, bem haja a jurisprudência que sempre a reconheceu”.⁵⁵²

A causa impõem uma postura ao intérprete do caso concreto, de modo que analise o contrato sob um aspecto dinâmico, e não estático, como o exame dos elementos estruturais permite.

Sobre o tema, Eduardo Nunes entende que:

Existem, como se sabe, ao menos duas formas fundamentais de se analisar determinado conceito no âmbito das ciências sociais: por seu aspecto

⁵⁵² LEME, Lino de Moraes. **A causa nos contratos**. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1957. p. 79.

estrutural (vale dizer, pela descrição dos elementos componentes do objeto de estudo) ou por seu perfil funcional (isto é, indagando-se, para além do retrato estático da estrutura, qual finalidade ou interesse configura a dinâmica eficácia da noção sob análise). Na primeira hipótese, afirma-se usualmente que o interesse do cientista repousa na pergunta "o quê é?", ao passo que, no segundo caso, confere-se maior importância ao questionamento "para que serve?".⁵⁵³

Essa abertura hermenêutica permite revelar o que autor entende como sendo o grande diferencial de uma análise a partir da causa que é, justamente, a possibilidade de superar os modelos rígidos da estrutura para afastar ou atrair certos efeitos jurídicos mais consentâneos com a função negocial de cada contrato em concreto — eis porque se afirma que apenas a causa permite um adequado procedimento de qualificação.⁵⁵⁴

Sabe-se que, na cessão de gestação, o escopo jurídico que as partes buscam alcançar com a realização do ato negocial se concentra na efetivação do direito à reprodução humana. Esse escopo jurídico é, neste estudo, intitulado como causa de atribuição existencial. Destaca-se, assim, a principal função que a causa pode desempenhar para este negócio jurídico.

Diante da sistemática negocial nacional, a causa permite evidenciar a eficácia jurídica de negócios mercedores de tutela não explicitamente abarcada dentro do sistema já positivado, como é o caso dos negócios biojurídicos aqui em questão, que não têm ampla aceitação por conta de seu objeto:

Em síntese, o exame de qualquer matéria sob o prisma funcional há de reconhecer que os atos humanos apenas produzem uma eficácia jurídica específica quando puderem ser reputados mercedores de tutela; se os contratos típicos já contam com uma eficácia mínima prevista em lei, isso ocorre porque o legislador já examinou sua causa e já ponderou que, em geral, tais contratos cumprem sua função social. No caso dos contratos atípicos, tem-se o ônus adicional de demonstrar sua compatibilidade com os valores do ordenamento para que se lhes possa reconhecer eficácia jurídica. Se os contratos típicos, em sua eficácia concreta, perderem sua qualificação, exigirão a mesma demonstração de legitimidade, como se fossem atípicos desde sua celebração.⁵⁵⁵

⁵⁵³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: Subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 54, p. 94, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307602217_Funcao_negocial_e_funcao_social_do_contrato_subsidios_para_um_estudo_comparativo. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁵⁵⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: Subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 54, p. 94, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307602217_Funcao_negocial_e_funcao_social_do_contrato_subsidios_para_um_estudo_comparativo. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁵⁵⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: Subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 54, p. 94, 2013. Disponível em:

No que tange aos negócios biojurídicos, o escopo jurídico do acordo alcança um fim existencial, ou seja, busca a efetivação de um direito personalíssimo essencial à dignificação do homem em sua esfera íntima, privada, ou seja, esse escopo almejado por ambas as partes seria a causa do negócio, capaz de o justificar e dar juridicidade ao ato negocial, mas não apenas isso.

Conforme Eduardo Nunes afirma, uma análise baseada no perfil funcional permite ao intérprete emitir um juízo valorativo muito mais completo sobre os atos jurídicos, indagando se seu exercício não é abusivo e se é merecedor da tutela do ordenamento – o que vai, portanto, além do simples juízo de licitude proporcionado pelo prisma estrutural.⁵⁵⁶ Destaca-se a finalidade funcional da causa, especialmente quando se trata dos negócios biojurídicos que, por não apresentarem uma tipicidade previamente estipulada na teoria e na lei contratual, requerem a tutela do ordenamento a partir de uma construção hermenêutica contemporânea.

Neste sentido, Eduardo Nunes⁵⁵⁷ recorda o que boa parte da doutrina tem sustentado quanto aos negócios típicos, aqueles cuja causa já foi previamente considerada pelo legislador. Estes gozam de uma presunção de legitimidade no ordenamento brasileiro, haja vista que seu merecimento de tutela já foi avaliado pela ordem jurídica e, portanto, já seriam, presumidamente, cumpridores de sua função social. Assim, para os negócios típicos (afinal, a grande maioria), cumpriria indagar apenas sobre sua licitude e de sua não abusividade, pois a própria previsão típica já permitiria presumir a promoção de valores socialmente relevantes.

A mesma previsão, entretanto, não se aplica aos negócios biojurídicos, diante da ausência de previsibilidade expressa quanto ao seu objeto.

Nestes últimos, a causa funciona como o elemento capaz de permitir que o intérprete do Direito realize o melhor processo hermenêutico quando identifica o real fim que se pretende alcançar com o acordo e permite, indiretamente, que tal finalidade

https://www.researchgate.net/publication/307602217_Funcao_negocial_e_funcao_social_do_contrato_subsidios_para_um_estudo_comparativo. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁵⁵⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: Subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 54, p. 94, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307602217_Funcao_negocial_e_funcao_social_do_contrato_subsidios_para_um_estudo_comparativo. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁵⁵⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: Subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 54, p. 94, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307602217_Funcao_negocial_e_funcao_social_do_contrato_subsidios_para_um_estudo_comparativo. Acesso em: 12 dez. 2022.

sirva, ao mesmo tempo, a um escopo individual e coletivo, ou seja, como um verdadeiro instrumento de concretização de valores constitucionais e, especialmente, do princípio da dignidade humana nas relações negociais.

4.5 A CAUSA DO NEGÓCIO BIOJURÍDICO DE CESSÃO DE GESTAÇÃO

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320, que entrou em vigor em 20 de setembro de 2022, adota normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros, entre elas, as disposições para a adoção da técnica de cessão de gestação, chamada no documento de “gestação de substituição” ou “cessão temporária do útero”. O documento estabelece, entre outras regras, que a cessão é permitida no Brasil somente quando atendidas algumas especificações, tais como que exista uma condição que impeça ou que contraindique a gestação da pessoa idealizadora do projeto parental, que a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau e que a contratação da cedente do útero seja gratuita.

Destaca-se neste estudo esse último requisito citado, de que para que esse contrato ocorra nos termos da Resolução, deve, a cessão temporária do útero, não ter caráter lucrativo ou comercial. Grande parte da doutrina corrobora desse entendimento, afirmando que tal negociação deve ter caráter exclusivamente altruísta.

Observa-se, após o estudo realizado nesta pesquisa, que estabelecer tal critério significa tecnicamente submeter a análise da validade e da eficácia deste negócio a um motivo, ou seja, um elemento extrajurídico, pautado unicamente na subjetividade da parte contratante.

Ocorre que outros países, com sistemas legislativos mais flexíveis acerca desta matéria, atraem brasileiros que querem realizar a técnica, mas não se encaixam perfeitamente no regramento acima descrito ante a dificuldade de se atender aos requisitos mencionados na Resolução do Conselho Médico e, com isto, expõem-se a situações de vulnerabilidades que a técnica pode ensejar.

Exemplificativamente, visualizou-se de maneira nítida tal exposição diante do recente conflito internacional na Ucrânia. No referido país, a técnica gestacional é muito aplicada em casais estrangeiros. A desregulamentação da prática e o preço bem mais baixo cobrado pelas mulheres para engravidar tornaram a Ucrânia uma espécie

de “paraíso das barrigas de aluguel”.⁵⁵⁸ O procedimento não é burocrático, de modo que o casal, após a contratação da gestante, volta ao país no final da gestação apenas para pegar a criança. Ocorre, no entanto, que com a recente invasão russa à Ucrânia, os casais ficaram impedidos de buscar seus bebês, diante do fechamento das fronteiras⁵⁵⁹, fato que gerou insegurança para os pais e vulnerabilidade aos filhos que estão em outro país.

Principalmente pela vedação da prática da cessão de gestação quanto à necessária contraprestação pecuniária à gestante, casais brasileiros⁵⁶⁰ se submetem às instabilidades de realizar o procedimento gestacional em outro país. Se o acordo fosse feito no Brasil, diante de qualquer conflito entre as partes contratantes, o juiz, na análise do caso concreto, ao levar em consideração o arcabouço doutrinário e legal acerca do tema, poderia acabar por desconsiderar a causa negocial e, portanto, com base em uma análise meramente estrutural e insuficiente dos planos, da escada ponteana, do negócio tenderia a declará-lo inexistente ou inválido.

Desconsidera-se, assim, a vulnerabilidade a que ficam expostos os idealizadores do projeto parental e a criança, envolvidos na negociação, de modo que os pais poderiam deixar de ser atendidos em seus direitos de parentalidade e perder a guarda da criança para a gestante. Observando tecnicamente a referida relação contratual e seus efeitos, na situação hipotética aventada poderia ainda ocorrer de a gestante não entregar a criança, na tentativa de desfazer o acordado inicialmente, novamente submetendo os idealizadores do projeto parental à vulnerabilidade.

⁵⁵⁸ Sobre o preço: Nos Estados Unidos, onde foram gerados Gael e Romeu, os filhos do ator Paulo Gustavo (1978-2021) e do médico Thales Bretas, contratar uma barriga de aluguel pode custar até US\$ 120 mil (cerca de R\$ 620 mil, na cotação atual). Na Ucrânia, esse valor gira em torno de R\$280 mil. In: LIMA, Ederson Kaique. Porque a Ucrânia é o ‘paraíso das barrigas de aluguel’? **Olhar digital**, 2022. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/02/27/medicina-e-saude/porque-a-ucrania-e-o-paraíso-das-barrigas-de-aluguel/>. Acesso em: 3 jan. 2023.

⁵⁵⁹ Muitas foram as notícias que passaram a documentar o drama de pais brasileiros que já estavam na Ucrânia para buscar seus filhos e não conseguiram retornar ao Brasil, ou daqueles que se encontravam impotentes com a notícia de que seus filhos haviam nascido em meio a uma guerra. In: BRITTO, Nara Pinheiro Reis Ayres de; MORAIS, Ariana Avohay Nascimento de. Breves apontamentos sobre a gestação por substituição durante a guerra de 2022 na Ucrânia. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ**, v. 3, n. 1, p. 60-70, 2022. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/107>. Acesso em: 3 jan. 2023.

⁵⁶⁰ CÂMARA, José; MOREIRA Rafaela. Brasileira em Kiev relata drama em abrigo que divide com 30 adultos e 10 bebês de barriga de aluguel. **G1**, Mato Grosso do Sul, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2022/02/26/brasileira-em-kiev-relata-drama-em-abrigo-que-divide-com-30-adultos-e-10-bebes-de-barriga-de-aluguel.ghtml>. Acesso em: 3 jan. 2023.

Observa-se que essa situação caracterizaria, tecnicamente, um inadimplemento contratual por parte da cedente do útero e que, inclusive, poderia ser vantajoso para a própria inadimplente, no sentido de o juiz conferir-lhe um direito ao qual não deu causa ao cancelar que a maternidade da criança seja conferida à pessoa que não a idealizou, desrespeitando princípios de primeira ordem no que tange ao direito familiar.

Convém, neste ponto da explanação, incursionar acerca de três princípios relevantes no contexto familiar que se relacionam com a cessão de gestação que servirão de fundamento para o mais amplo entendimento da função da causa no acordo reprodutivo. Como já verificado, o Código Civil passou por profundas transformações para adequar-se aos parâmetros constitucionais encartados na Constituição Federal vigente.

O direito de família, assim como o negocial, foi fortemente impactado pelas mudanças impulsionadas pela Carta Magna. Os novos paradigmas aplicáveis às relações familiares passaram a ser norteadas por três importantes princípios, quais sejam o princípio da solidariedade, o da parentalidade responsável e o do planejamento familiar.

O legislador civil, com a entrada em vigor da codificação de 2002, passou a privilegiar não mais o individualismo nas relações jurídicas, mas, sim a solidariedade social. O inciso I do art. 3º da Constituição⁵⁶¹ erigiu a solidariedade como um objetivo fundamental brasileiro, inaugurando tal princípio em nosso ordenamento.

De acordo com Paulo Lôbo, a família passou, agora, a ser fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida”.⁵⁶² Em capítulo destinado às famílias, os artigos 226⁵⁶³ e 227⁵⁶⁴ da Constituição Federal expõem tal princípio no

⁵⁶¹ Art. 3º, inc. I. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária. *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

⁵⁶² LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13.

⁵⁶³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

⁵⁶⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar e à criança e ao adolescente, além de outros artigos fortemente influenciados por este princípio. Percebe-se que o princípio da solidariedade reflete em um dever de responsabilidade e cuidado com a prole, ligando-se, assim, umbilicalmente, ao princípio da parentalidade responsável.

Embora, tal princípio, previsto no art. 226, §7º⁵⁶⁵ da Constituição Federal, receba o nome de princípio da paternidade é entendimento pacífico na doutrina a melhor adequação do termo “parentalidade” para expressar seu contexto na contemporaneidade.

Neste sentido, Heloisa Helena Barbosa assevera que:

De início cabe observar que em lugar do termo paternidade, que denota a condição ou qualidade de pai ou a relação de parentesco que vincula o pai a seus filhos, tem sido utilizada a palavra parentalidade, para expressar todo o alcance do dispositivo constitucional que se destina aos pais, ou seja, ao homem, à mulher ou ao casal que, no exercício de sua autonomia reprodutiva, promove um projeto parental [...].⁵⁶⁶

Edson Fachin, ao tratar sobre o poder parental, sugere a utilização de poderes e deveres parentais, expressão neutra, não discriminatória.⁵⁶⁷ A parentalidade responsável está atrelada ao direito de procriação, mas, antes ainda, refere-se a um dever advindo dos novos paradigmas norteadores da instituição familiar contemporânea.

Edson Fachin diz que “não se trata mais, tão só, da liberdade de encetar um projeto parental. Sob a ótica dos filhos, consiste, isso sim, num direito básico de ter família e crescer num ambiente digno e sadio [...]”.⁵⁶⁸ Valéria Silva Galdino Cardin conceitua este princípio como “a obrigação que os pais têm de prover a assistência

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

⁵⁶⁵ Art. 226, §7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. *In*: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

⁵⁶⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coords.). **Cuidado e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 94.

⁵⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

⁵⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

moral, afetiva, intelectual e material aos filhos”.⁵⁶⁹ Portanto, o referido princípio expressa duas faces que se complementam.

Sob a ótica dos pais, mostra-se como um direito conferido às pessoas de se reproduzir e constituir filiação. Sob a ótica dos filhos, refere-se a um dever de exercer o direito reprodutivo com a assunção das consequências de exercitar a vontade de procriar. Vislumbra-se, esta responsabilidade, a partir da manifestação de vontade de procriar e se estende para toda a vida da prole. Assim, no momento em que as pessoas externalizam sua vontade de realizar a fecundação do material genético depositado em clínica de reprodução assistida, passam a arcar com a responsabilidade pelo embrião concebido em laboratório.

Mais comumente, esta responsabilidade se materializa a partir da implantação, quando surgem os primeiros deveres a serem cumpridos para com o filho – como, por exemplo, alimentá-lo. Com o prosseguimento do desenvolvimento do embrião e chegando ele ao nascimento com vida, chega-se ao momento da assunção total de deveres de responsabilidade para com a prole, de modo que a codificação penal prevê, inclusive, punição ao desrespeito a este princípio.

Esse dever perdura por toda a vida, mesmo após a maioridade, quando, por exemplo, há a manutenção do dever alimentício, em caso de incapacidade da prole. Assim, percebe-se a amplitude da responsabilidade exigida pela lei diante do direito de constituir filiação.

Danubia Resende Ferreira Coelho alerta para esta situação:

Entende-se que o exercício desta liberdade deveria vir acompanhada de profunda reflexão, a fim de que haja plena consciência do compromisso assumido. Frivolidade e parentalidade são conceitos completamente divorciados. Além da imensa responsabilidade pela formação do indivíduo, a decisão de ter um filho atinge o próprio projeto de vida, na medida em que se firma um compromisso com a existência.⁵⁷⁰

Esse caráter de dever permanente ou que se prolonga no tempo denota a importância da observância desse princípio em complementariedade a outro, o do planejamento familiar. O princípio constitucionalmente assegurado pelo art. 226 da

⁵⁶⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 7., 2009, Belo Horizonte. **Anais** [...]. São Paulo-SP: IOB Thomson, 2009. v. 1. p. 1-25. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/223.pdf. Acessado em 20 out. 2015.

⁵⁷⁰ REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. **Direito e genética**: limites jurídicos para a intervenção no genoma humano. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 56.

Constituição Federal, no §7º, também recebeu acolhimento na legislação civil, no art. 1565, §2º,⁵⁷¹ no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos art. 3º e 4º⁵⁷² e na Lei nº 9.263/1996, art. 2º.⁵⁷³ Fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e no da parentalidade responsável, determina que é direito dos pais promoverem a melhor forma de gerir o leito familiar, decidindo, entre outras coisas, se devem ou não ter filhos, quando e quantos tê-los, bem como o intervalo entre as gestações.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves esclarecem que, entre outros objetivos, “o propósito do planejamento familiar é, sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção”.⁵⁷⁴ Situação, ainda, existente nos dias atuais e que acarreta consequências indesejáveis.

Mário Antonio Sanches, que corrobora do mesmo entendimento, elucida que:

[...] o tema de projeto de parentalidade não é novo. Estava presente na oitava conferência da fundação da federação internacional de planejamento familiar em 1967, em Santiago do Chile, quando seu presidente afirmou: lutamos para que todos os filhos que venham ao mundo sejam bem-vindos. Para que cada criança que nasça seja bem-vinda, é relevante que cada gravidez seja planejada, pois, quando isso não ocorre, instaura-se uma situação de tensão que nem sempre tem resultado favorável ao acolhimento da criança.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ Art. 1.565. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. *In*: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵⁷² Lei nº 8.069/1990. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. *In*: BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 4 fev. 2022.

⁵⁷³ Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. *In*: BRASIL. **Lei nº 9.263 de janeiro de 1996**. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵⁷⁴ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 561.

⁵⁷⁵ SANCHES, Mário Antonio. Reprodução assistida: da parentalidade à metaparentalidade. *In*: PORTO, Dora *et al.* (orgs.). **Bioéticas, poderes e injustiças: 10 anos depois**. Brasília, 2012. p. 267.

O autor supracitado estabelece os tipos de projetos de parentalidade comuns nas famílias brasileiras. Vão eles desde o projeto explícito até a negação da parentalidade.⁵⁷⁶ O projeto explícito é o projeto de parentalidade propriamente dito, quando os casais ou pessoas sozinhas refletem, planejam e decidem ter ou não filhos num determinado momento.

Pode ocorrer o projeto implícito; situações em que os filhos são aguardados e se inserem no projeto de vida das pessoas. Há pessoas que não planejam explicitamente ter filhos em um determinado momento, mas que acolhem os filhos que nascem nesse contexto familiar.

O autor aborda o projeto pós-fato, que se dá quando os filhos são gerados de modo indesejado e inesperado, mas os casais ou as pessoas envolvidas acolhem e assumem a parentalidade. Neste caso, não há projeto de parentalidade prévio para o filho, nem condições usuais para que ela ocorresse, mas o projeto se constitui por força das circunstâncias.

Pode ocorrer, ainda, a negação da parentalidade quando o vínculo de filiação é recusado e não desejado pelos idealizadores do projeto parental após o início da gestação. Nestes casos, as crianças são eliminadas por aborto e infanticídio ou crescem sistematicamente rejeitadas.

Pelo observação deste princípio fica evidente que o novo contexto social permite e exige que a decisão de ter filhos deixe de ser um ato impensado para se tornar ação responsável e planejada. A participação crescente da mulher no mercado de trabalho, que a faz adiar o projeto de filiação, o conhecimento sobre as implicações, materiais, psicológicas e sociais da parentalidade, a possibilidade de controle de natalidade e a intervenção médica nas dificuldades de reprodução contribuem para o adequado planejamento da prole.

Por certo, como enfatiza Mario Antonio Sanches, “o amadurecimento sem pressa dos projetos de parentalidade contribui para que estes se efetivem nas melhores condições possíveis”.⁵⁷⁷ O direito ao planejamento familiar, certamente, implica uma tomada de decisão que não se aproxima da frivolidade, tampouco do

⁵⁷⁶ SANCHES, Mário Antonio. Reprodução assistida: da parentalidade à metaparentalidade. In: PORTO, Dora *et al.* (orgs.). **Bioéticas, poderes e injustiças: 10 anos depois**. Brasília, 2012. p. 267.

⁵⁷⁷ SANCHES, Mário Antonio. Reprodução assistida: da parentalidade à metaparentalidade. In: PORTO, Dora *et al.* (orgs.). **Bioéticas, poderes e injustiças: 10 anos depois**. Brasília, 2012. p. 267.

imediatismo. Há a necessidade de cálculo preciso das consequências da constituição da prole na vida da pessoa ou do casal que idealiza um projeto parental para que, de fato, se efetive o mandamento constitucional.

Ocorre, no entanto, quando do emprego da técnica de reprodução humana assistida de gestação de substituição, a desatenção a este princípio quando, em alguns casos, confere-se a maternidade à mulher cedente de útero. Trata-se da situação de conflito positivo de parentalidade, no qual duas mulheres pretendem constituir vínculo de filiação com uma mesma criança, e, o magistrado, no caso concreto, decide proferir a guarda da criança não aos idealizadores do projeto parental, mas à mulher que a gestou.

Visualiza-se, aqui, uma ofensa grave e direta à determinação constitucional de planejamento familiar. Se o legislador impõe o planejamento familiar como princípio a ser resguardado pelo ordenamento jurídico, necessariamente, a filiação, proveniente de projeto parental assistido medicamente, deve ser conferida aos idealizadores deste projeto. A destinação da guarda da criança à mulher que a gestou implica em contrariar tal ordem constitucional.

É certo que, durante a gestação, alterações de todas as ordens são sofridas pela gestante. As primeiras são de ordem física. Gerard DiLeo⁵⁷⁸ explica que quando um óvulo fertilizado se acomoda no útero é iniciada uma reação química em cadeia que manterá os níveis hormonais do corpo durante o ciclo de 40 semanas. Ao falar sobre o hormônio estrógeno, afirma o autor que “até perto do final da gravidez, a quantidade em circulação em seu corpo é mil vezes a quantia que você tem quando não está grávida”. O estrógeno “faz tudo crescer, melhorando o suprimento sanguíneo”.⁵⁷⁹

Enumera na sequência, diversas alterações físicas decorrentes da carga hormonal, tais como: sensibilidade das mamas, mudança na pigmentação da pele, dores de cabeça, azia, constipação, aumento de peso, enjoos, estrias, alteração no apetite alimentar e sexual, edema, entre outros. Há, ainda, e, muitas vezes, em decorrência das alterações físicas, as mudanças emocionais, que trazem as complicações que interessam ao Direito.

⁵⁷⁸ DILEO, Gerard M. **Guia médico da gravidez passo a passo**. São Paulo: MBooks, 2006. p. 25.

⁵⁷⁹ DILEO, Gerard M. **Guia médico da gravidez passo a passo**. São Paulo: MBooks, 2006. p. 25.

Em decorrência da sensibilidade emocional exacerbada, natural durante a gestação e o puerpério⁵⁸⁰, a gestante pode se sentir afetivamente ligada à criança que gesta e, atendendo a um impulso, não entregá-la aos pais intencionais. Há que se considerar que a repentina afetividade advém de circunstâncias transitórias, comuns durante a gestação, que não podem, por si só, justificar a entrega da guarda da criança à gestatrix.

Por certo que alguém que se propõe a gestar uma criança e a entregá-la após o seu nascimento, e, durante esse processo, acaba por decidir não cumprir o acordado, não está atendendo ao princípio do planejamento familiar. Demonstra, no arrependimento, uma instabilidade maléfica aos idealizadores de um plano familiar, bem como, à própria criança, ao sujeitá-la, prematuramente, a uma situação de conflito.

Mostra-se mais benéfico ao interesse de proteção da criança que a interferência da gestatrix no vínculo de parentalidade existente entre idealizadores do projeto parental e nascituro não logre êxito. O estudo do princípio em comento e o do melhor interesse do menor fundamentam o não acolhimento do pedido da cedente do útero e a manutenção da filiação ao casal idealizador.

Para além das ofensas aos princípios de Direito de Família, retomando o viés contratual que a relação de reprodução produz, verifica-se que tal situação geraria o que no Direito dos Contratos pode ser equiparado ao enriquecimento ilícito. Sabe-se que o Direito, nas relações contratuais patrimoniais, não abarca o enriquecimento ilícito, ou seja, não permite que se angarie qualquer bem patrimonial sem causa.

Por certo que o valor jurídico dos bens extrapatrimoniais em questão nos negócios biojurídicos são ainda maiores que os patrimoniais, como já demonstrado em capítulo destinado ao estudos dos direitos personalíssimos. Ora, se o Direito não permite que alguém se locuplete com direito patrimonial que não deu causa, a proibição deve ser ainda maior quando se está a tratar de um direito extrapatrimonial.

O resguardo a estes direitos deve ser ainda mais garantido pelo ordenamento jurídico, o que proibiria que a gestante que não idealizou a filiação, tampouco agiu com base no princípio da responsabilidade familiar, viesse a ter a proteção do sistema jurídico para angariar a guarda da criança querida e planejada por outros.

⁵⁸⁰ Verbete Puerpério: Período que vai da expulsão da criança e da placenta, até que seja completada a involução uterina. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o mini dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2008. p. 665.

Como já lembrado, ao magistrado, enquanto representante do Estado na prestação jurisdicional, não lhe é dada a faculdade de deixar de atender às demandas, nem pode ele se distanciar dos mandamentos dos sistema jurídico para analisar os casos concretos. Portanto, descortina-se, nesta situação fática, uma das utilidades práticas da aplicação da causa ao negócio biojurídico de cessão de gestação, que serviria como paradigma fundamentador de uma postura totalmente diversa que o magistrado poderia assumir em sede decisional.

O que se defende neste trabalho é que o intérprete do caso concreto leve em consideração a observação, não dos motivos, mas sim das causas que conduziram à celebração contratual. A consideração acerca das causas pressuposta e final, que nortearam a realização do negócio, abre espaço para que o juiz possa vislumbrar o acordo entre a mãe e a gestante a partir de um viés diferente do até hoje construído na doutrina e na legislação nacional.

O olhar do juiz no caso concreto a partir da causa permite que os parâmetros norteadores da solução jurídica aplicável pelo magistrado sejam alterados de maneira muito contundente, inversamente ao tratamento que tem sido direcionado as tais casos. Pelos fundamentos doutrinários já expostos nas seções anteriores, e em conformidade com a teoria negocial de Antonio Junqueira de Azevedo, a causa de tal negociação poderia levar à consideração da validade e à eficácia do negócio, haja vista permitir priorizar objetivamente a finalidade de efetivação de um direito personalíssimo em detrimento de parâmetros subjetivos preestabelecidos na resolução, como, por exemplo, a obrigatoriedade de decisão tomada com base em puro altruísmo da cedente do útero.

Critica-se o critério subjetivista adotado pela resolução para negar a existência, a validade e a eficácia ao negócio. A Resolução, ao defender tal análise, com base em um motivo interno, o psicológico, afasta-se dos contornos jurídicos impostos pelo próprio Direito. Salvo excepcionalmente, e por razões justificáveis, ao Direito não cabe fazer juízo de valor psicológico do agente negociante, posto que se transita, no negócio jurídico, na esfera de maior abrangência de exercício da autonomia da vontade.

Percebe-se, portanto, que o texto da Resolução dá margem e exige que se faça uma análise dos motivos que levam ou não a cedente do útero a contratar. Por todo o que foi exposto acerca dos motivos do negócio jurídico no item 4.2.3, sabe-se que a Resolução do CFM ao estabelecer a exigência de observação da gratuidade para que

ocorra validamente a cessão, está a determinar um juízo de valor sobre um elemento que pode influenciar no contrato que, como visto em linhas atrás, é tecnicamente entendido como uma causa-motivo, ou seja, um elemento subjetivo que possa ter levado as partes a realizar a contratação.

A limitação imposta pela Resolução, ainda que possa aparentemente se justificar em cunho protetivo às partes, pode, ao mesmo tempo, cercear direitos quando se limita o exercício deles para além dos limites impostos pelo sistema jurídico como um todo. Entende-se que proibir tal contratação com base em critérios subjetivos denota excesso do exercício jurisdicional, incompatível com o princípio da liberdade de disposição de direitos personalíssimos, haja vista afetar diretamente um importante núcleo da pessoa humana referente a sua livre manifestação de vontade.

Diante de um contexto positivo e positivado da lei civil e de todo o arcabouço jurídico que deve ser interpretado sistemicamente, parece não ser compatível uma hermenêutica com base em um elemento subjetivo. Perquirir a vontade e a intenção interna e subjetiva de cada parte para a realização de um negócio se mostra uma postura absolutamente desligada do Direito positivado que deve nortear a realização de negócios jurídicos.

Como visualizado, os motivos de um negócio não interessam ao Direito e não fazem parte do âmbito de apreciação cabível ao universo jurídico. Se a parte realizou o negócio com o intuito de receber uma quantia em dinheiro, por uma crença religiosa em ajudar a quem precisa ou porque realizou uma promessa a alguém que tem apreço, tais motivos internos não interessam e não devem interessar ao Direito. A análise que cabe ao Direito se refere apenas a elementos objetivos, ou seja, à causa, principalmente enquanto finalidade jurídica não só estrutural, mas, também, funcional do negócio.

Como já observado, os negócios de cessão de gestação apresentam sempre uma causa pressuposta, qual seja, a realização de contrato de reprodução humana com a clínica médica. Do mesmo modo, tais negociações também apresentam sempre uma causa final, que é a própria pretensão de efetivação do direito reprodutivo.

Além disso, pode-se também identificar uma causa funcional, aqui intitulada ineditamente como função existencial do negócio, ou seja, o negócio jurídico presta uma função existencial relevante para a concretização dos direitos personalíssimos das partes envolvidas, assim como uma função sistêmica, referente ao próprio desenvolvimento e à concretização de direitos encartados do texto constitucional.

Para além da estrutura do negócio, a função revela um valor que o ordenamento jurídico pretende efetivar.

Com base nos conceitos de causa pressuposta e final do negócio reprodutivo, que permitem analisar a estrutura deste instituto, é possível aferir o que ele é, enquanto ao analisar a função, a finalidade deste instituto, alcança-se como resposta para que ele serve. Assim, olhar para a causa do negócio permite que se observe a melhor maneira de interpretar o que é aquela contratação, além de permitir identificar sua finalidade sistêmica.

Se o negócio serve ao sistema jurídico como um todo na qualidade de instrumento de concretização de direitos e princípios constitucionais, a proibição dele se mostra uma inadequação, uma relativa ausência de atualização do Código Civil e da hermenêutica direcionada ao sistema negocial ao novo paradigma civil-constitucional. Com tal defesa, não significa querer justificar os meios negociais pelos fins que se alcança com o negócio, significa identificar os parâmetros adequados de avaliação dos meios utilizados para se alcançar tal fim, dando relevância maior ao fim do que à formalidade adequada ou não do meio utilizado (o contrato).

Se o que se busca é efetivar direitos personalíssimos, o meio contratual não pode deixar de ser entendido como um destes instrumentos. Se todo o sistema jurídico deve servir à concretização dos direitos fundamentais, personalíssimos e dos princípios constitucionais norteadores do próprio Estado Democrático de Direito, o contrato também deve ser esse instrumento, que quando avaliado pelo viés da causa que persegue, passa a ser compatível com a temática de direitos da personalidade no contexto negocial.

O critério adotado pela resolução se mostra sem fundamento legal compatível com o próprio ordenamento jurídico vigente, sendo, no mínimo, metodologicamente inadequado, sendo importante afastar um paradigma que não encontre fundamento em uma interpretação sistemática do ordenamento e em desconformidade com a perspectiva civil-constitucional.

O enfoque na causa de um negócio biojurídico que, portanto, tenha como objeto a concretização de um direito personalíssimo, permite, por meio da mudança de paradigma jurídico, explicar de modo mais satisfatório e adequado a sistemática pela qual os efeitos de um ato inexistente, inválido ou ineficaz em abstrato podem ser considerados existentes, válidos e eficazes à luz do caso concreto. A proposta sugerida neste estudo repousa na adoção concomitante e completar de uma

sistematização hermenêutica à luz de um novo critério, qual seja, a identificação da causa negocial, sem o abandono das categorias estruturais tão adequadamente identificadas por Pontes de Miranda e alargadas por Antonio Junqueira de Azevedo.

Torna-se possível concluir, portanto, que o contrato pode se mostrar como um instrumento jurídico apto a juridicizar a relação contratual que tem objeto personalíssimo sempre que a função do contrato, invocada na sua causa, estiver em conformidade com os parâmetros valorativos do texto constitucional e, especialmente, os princípios norteadores do sistema jurídico nacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao pensar sobre a situação de uma pessoa que devido à ausência do útero não pode gestar, seja por razão congênita ou adquirida por histerectomia decorrente de, por exemplo, um câncer, ou quando se vislumbra o interesse de pessoa solteira ou sem parceiro(a) afetivo de constituir núcleo familiar ou, ainda, em caso de parceiros homoafetivos que desejem ter filhos, entre tantas outras realidades que podem ensejar uma infertilidade, a esterilidade ou um problema médico que impeça ou inviabilize a gestação pelo método natural, identifica-se a relevância da aplicação da técnica reprodutiva de cessão de gestação.

A cessão de gestação, sendo uma forma de reprodução medicamente assistida que viabiliza a concretização dos direitos personalíssimos, acaba por desempenhar um significativo papel frente ao mandamento e princípio constitucional da dignidade humana e, portanto, reclama pela atenção do Estado e da dogmática jurídica quanto a uma devida e apropriada regulamentação e interpretação dos preceitos aplicáveis hodiernamente. Para os idealizadores de um projeto parental que buscam o auxílio da cessão de gestação, para a criança que será gestada e para a gestante, por vezes, a aplicação da técnica pode significar a própria ou única forma de concretização de direitos personalíssimos ou, ainda, de ter uma família.

Ocorre, entretanto, que esse instrumento não pode sujeitar as partes envolvidas a situações de vulnerabilidade, como tem ocorrido contemporaneamente. As vedações e restrições impostas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) contribuem para a evasão de casais brasileiros, que possuem capacidade financeira, ao exterior, ante a ausência de amparo apropriado no Brasil.

Desta prática decorrem problemas que afetam tanto os pais biológicos da criança gestada, quanto a própria mulher cedente do útero e, ainda, por vezes, a criança fruto da gestação. Diante da problemática social contemporânea referente à possibilidade de comercialização do procedimento e o turismo reprodutivo provocado pela inércia legislativa, emergem reflexões acerca da adequação da prática e de que forma ela pode ser disponibilizada sem que a dignidade da pessoa humana seja violada.

Apresentou-se, assim, nesta pesquisa, uma hipótese de ineditismo à dogmática jurídica referente à defesa da utilização da cessão de gestação com base em critérios até então não adotados pela legislação e doutrina nacionais. Pretendeu-se verificar se

a determinação da causa do negócio jurídico gestacional realizado entre os idealizadores da filiação e a gestante poderia funcionar como o limitador necessário para a proteção das pessoas envolvidas diante da manifestação de vontade que tivesse como objeto a disponibilidade de um bem da personalidade, como o corpo humano.

A primeira hipótese sobre a qual se debruçou esta pesquisa foi a da disponibilidade do corpo humano quando realizada no exercício da autonomia contratual do próprio sujeito do direito disponente. Investigou-se se a indisponibilidade dos direitos da personalidade, ao invés de servir à proteção da pessoa humana, configuraria maior ofensa ao livre desenvolvimento da personalidade de alguém.

Observou-se que a indisponibilidade injustificada nada mais é do que uma agressão à liberdade da pessoa por parte do Estado, que retira do indivíduo a liberdade de dispor do seu próprio corpo como bem lhe aprouver. Historicamente, o Estado sempre exerceu esse poder de gerenciamento do corpo do ser humano, por meio da determinação de sua indisponibilidade, sob a alegação de pretensão de efetivação de princípios, como o da dignidade da pessoa humana, encartado no art. 1, inc. III da Constituição Federal de 1988, limitava-se o espaço de concretização da ipseidade da pessoa e do seu direito de gestão sobre seu próprio corpo.

Entende-se que a ingerência do Estado sobre o corpo humano das pessoas se mostra danosa, além de impossível, haja vista que a pessoa pratica atos de disponibilidade do seu corpo que o Estado é incapaz de fiscalizar, mostra-se, portanto, como mandamento inefetivo e autoritário. Ao Estado não cabe a imposição de sacrifício ao particular de direitos individuais que se inserem na esfera mais íntima e privada do próprio ser em nome de interesses coletivos.

Manter o controle do corpo humano quanto a sua disponibilidade é apenas mais uma forma de regência excessiva do Estado que, em nome de uma suposta proteção, proíbe que a pessoa realize os atos sobre seu próprio corpo e que determinam o livre desenvolvimento da sua personalidade. Limitar o direito ao exercício livre da disposição do corpo de alguém, o próprio sujeito desse direito, significa o mesmo que proteger a pessoa da própria pessoa ou da concretização da vontade do próprio titular desse direito.

Partiu-se do posicionamento de autores que admitem que os direitos da personalidade podem ser disponibilizados pelos sujeitos titulares deles, já que se deve conferir também uma tutela positiva a tais garantias. Assim, enfatiza-se que os direitos

personalíssimos requerem a desconstrução da ideia de que devem ser sempre caracterizados como direitos de conteúdo absoluto e indisponíveis, conferindo-se trânsito à autonomia privada nas situações jurídicas existenciais e redefinindo o papel da vontade nestas situações.

Por certo que o Direito Civil não está imune à necessidade de readequação, daí cogitar-se a possibilidade de as contratações biojurídicas adquirirem um fim útil à pessoa humana que não estaria restrito à concretização de interesses meramente patrimoniais, mas, também e principalmente, existenciais, por meio do exercício da autonomia que impera no direito negocial. Verificou-se ser inquestionável que a autonomia é um aspecto do direito à liberdade e que ela deve ser exercitada por toda pessoa humana.

Assim, considera-se que o exercício da autonomia negocial pode se mostrar como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade, visto com um sentido positivo ou seja, não restrito à proteção do sujeito contra o Estado, tampouco se resumindo à tutela negativa das pessoas em sua relação com outros particulares. Entendeu-se que a autonomia, por decorrer do poder/direito de autodeterminação, deve ser uma regra em matéria de disposição pessoal quanto ao seu exercício, inclusive no espaço existencial, especialmente no que se refere à liberdade de gestão do direito ao próprio corpo feito pelo titular dele.

Como visto no desenvolver do trabalho, restringir o âmbito de atuação da autonomia privada aos interesses patrimoniais demonstraria grave incoerência sistemática, haja vista que a Constituição Federal privilegia o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, devendo tal tutela se dar também, e principalmente, na seara existencial.

Não se sugere, no entanto, que esta liberdade se dê sem limites, já que o exercício positivo dos direitos da personalidade, na forma de exercício da autonomia privada ou de autodeterminação, através da realização de negócios jurídicos, deve requerer uma hermenêutica própria e adequada à complexidade dos direitos que envolve, baseada na adoção de instrumentos idôneos, capazes de garantir a proteção da pessoa humana.

Assim, partiu-se para o estudo de outra hipótese de trabalho, a possibilidade da disponibilidade do direito ao corpo se dar pelo instrumento contratual. Para tanto, entendeu-se ser possível e necessário realinhar a teoria contratual patrimonialista ao viés existencialista por meio de uma releitura da teoria contratual clássica, a fim de

adequá-la às demandas sociais mais modernas. Alega-se, ineditamente, que esse realinhamento se mostra possível por meio da adoção da teoria da causa negocial.

Observou-se que o texto constitucional erigiu a pessoa humana ao centro de todo o ordenamento jurídico. O movimento de constitucionalização pelo qual passou o Direito Civil promoveu a inserção de institutos próprios do direito civilista no texto constitucional. Assim, o homem foi colocado no centro do ordenamento jurídico na sua conotação existencial, e não mais econômica.

Esse movimento, que realocou a figura da pessoa humana, redelimitou seu papel e redefiniu os contornos de sua proteção no sistema civilístico, implicando na chamada repersonalização do Direito Privado, que promoveu a ruptura dessa lógica, ao inserir a pessoa humana no centro de tutela de todo o ordenamento jurídico, possibilitando a desconfiguração do sujeito de direitos abstrato para considerar a individualidade de cada ser humano concretamente, ampliando a proteção da pessoa para abarcar todos os seus interesses, suas vicissitudes e vulnerabilidades.

Essa mudança de posicionamento do homem perante o sistema jurídico implicou numa releitura da lei civil à luz da Constituição Federal, que culminou na tutela dos direitos humanos aplicados às relações privadas, ancoradas no texto civil. Hodiernamente, é possível afirmar uma evolução e a modernização dos sistemas jurídicos, na tentativa de transposição do modelo pretérito para alcançar os avanços consignados na atualidade, contrapondo a tutela do patrimônio à tutela da pessoa humana, estendendo à tutela dos direitos individuais.

O desapego em relação à forma rígida originária de interpretações mais remotas do arcabouço jurídico permite que se identifique o negócio biojurídico dentro do contexto legal, sem o rigor de atender exatamente ao suporte fático estabelecido sob parâmetros desatualizados do contexto social.

Verificou-se que, mesmo sem contrapor à teoria ponteana da subsunção à norma e, entendendo-a absolutamente necessária à construção da sistemática jurídica nacional, vislumbra-se uma abertura da doutrina mais moderna quanto à defesa de uma flexibilização dessa teoria, alegando que todo fato tem potencial para ser considerado relevante para o Direito, posto que o fato não seria relevante somente quando tem uma norma que o prevê e transforma em fato jurídico. Assim, o sujeito de direito está autorizado a agir, posto que o Direito antecede os atos, permitindo-os, mesmo que eles ainda não tenham sido completamente regulados numa norma privada.

Sendo do ato humano que emana o Direito, flexibiliza-se, em parte, a teoria da subsunção de Pontes de Miranda, posto que não se faz necessária a total identificação da construção legal de um direito subjetivo na ordem civil para a permissividade para o agir do indivíduo, sendo que da prática de atos de liberdade surgirão as situações jurídicas subjetivas que são ora criadas pela permissividade da própria lei, ora constituídas pela vontade das partes, por meio de atos jurídicos concretos.

A partir de tal constatação, identificou-se a possibilidade de que os negócios biojurídicos, enquanto fatos sociais que não tão bem identificados na fatispécie normativa brasileira, ingressem no cenário jurídico de normas obrigacionais já constituídas pela via do Direito Civil privado, haja vista que tais atos humanos contêm os elementos essenciais de um negócio jurídico conforme delimitado pela visão de Antonio Junqueira de Azevedo. Esses elementos são constituintes da declaração de vontade negocial, quais sejam: a forma, o objeto e as circunstâncias negociais que definem a estrutura de um ato humano negocial e os caracterizam. Destacando-se o último elemento como o diferenciador do ato negocial para os outros atos de vontade humana.

De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo, as circunstâncias negociais refletem o que fica da declaração de vontade despida da forma e do objeto, revelando externamente a manifestação de vontade das partes negociantes. Elas giram no entorno da manifestação de vontade e refletem um padrão cultural de uma determinada sociedade que permite que a declaração seja vista socialmente como fonte de um relação jurídica dirigida à criação de efeitos, haja vista que sinalizam a decisão das partes de estarem se vinculando e assumindo obrigações que produzirão os efeitos jurídicos por elas avençados.

Tem-se, portanto, que no momento em que as circunstâncias negociais passam a determinar a existência dos negócios jurídicos e diferenciar tal ato humano de outros nos quais também haja manifestações de vontade, sem conteúdo negocial, abre-se o conceito de negócio para abarcar novas possibilidades que não ficam adstritas aos tipos previamente estipulados na lei civil.

Escapa-se, assim, da redução a um regime contratual totalmente limitado a uma tipificação prévia e puramente legal (na qual só o que estivesse tipificado poderia ser aceito como vinculante), e, admite-se a função que a sociedade exerce diante do direito. Observou-se que é esse elemento externo e social que permite atualizar a fatispécie normativa aos contornos dos negócios conforme a sociedade os vai criando

e admitindo em cada contexto histórico.

Percebe-se que os novos arranjos das declarações de vontade passam a ser enquadrados como negócio jurídico toda vez que as circunstâncias negociais são reveladas e socialmente reconhecidas como destinadas à produção de efeitos jurídicos. Evidencia-se, por meio delas, o caráter sociológico que transporta o negócio do mundo dos fatos pra dentro do mundo jurídico, tornando a norma sempre atual e adaptável aos influxos sociais quanto aos novos tipos de arranjos negociais que as pessoas estabelecem em suas relações cotidianas.

Tal elemento, ao mesmo tempo, também promove a abertura da teoria da subsunção do fato à norma ao revelar a desnecessidade de uma exata coincidência da previsão abstrata da lei para que ocorra a subsunção de um novo negócio ao sistema jurídico, tornando, assim, a norma sempre atual e maleável. Não considerar essa flexibilidade dos modelos contratuais seria enclausurar os tipos negociais dentro da própria lei, como se houvesse um rol taxativo a ser considerado na esfera dos direitos obrigacionais.

Daí ser crível aceitar que um acordo de caráter biojurídico, como os de cessão de gestação, que tem como objeto um bem personalíssimo, possa ser recepcionado pelo arcabouço legislativo nacional com natureza jurídica de negócio, desde que também contemple os demais elementos constitutivos do ato humano, como a forma e o objeto. Em conformidade com o plano de existência dos negócios, verificou-se que a cessão de gestação tem natureza negocial, inclusive podendo ser classificada como contrato existencial.

Considerando os limites não tão precisos da doutrina para definir exatamente os contornos dos contratos existenciais, entendeu-se que um negócio que verse sobre direito personalíssimo deve ser classificado como tal, haja vista se enquadrar tanto nos critérios apontados por Antonio Junqueira de Azevedo como nos descritos por Tereza Negreiros, principais referências no que tange à nova classificação. Como visto no desenvolvimento deste trabalho, o primeiro autor defende que os contratos existenciais são instrumentos realizados, quase sempre, entre particulares cujo objeto da contratação visa atender às necessidades fundamentais de ambas as partes, ou ao menos, uma delas, como, por exemplo, os direitos à vida, à saúde, à integridade física e à habitação.

Já Tereza Negreiros, adotando o paradigma da essencialidade, caracteriza-os a partir da observação do nível maior ou menor de relevância do bem contratado ao

alcance e à efetivação da dignidade da pessoa. Percebe-se que o tipo de bem objeto da contratação serve como paradigma determinante ao enquadramento de um acordo como sendo existencial, de modo que tais acordos se diferenciam principalmente por buscarem atender às necessidades humanas não restritas somente à esfera patrimonial, abarcando, portanto, todos os direitos personalíssimos.

Considerando, à vista disso, o negócio biojurídico como contrato existencial que ingressa no ordenamento, consubstanciando situação jurídica subjetiva, analisou-se, ineditamente, a hipótese de adoção da teoria da causalidade, de modo que, sendo tal acordo causal, sirva a causa à função de confirmação desse contrato, no plano da validade e da eficácia, sempre que atendidos os preceitos constitucionais, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal sugestão adveio da observação do objeto do acordo. A análise crítica do entendimento dos contornos e do alcance desse elemento que compõe o negócio jurídico à luz das construções doutrinárias de Antônio Junqueira de Azevedo, o permitiu identificar uma das propostas de inovação neste trabalho.

Foi possível verificar que o desdobramento do conteúdo do negócio, em objeto imediato e objeto mediato, melhor conforma a referida teoria e a complementa. Antônio Junqueira afirma que o tipo de um contrato e o regime aplicável a ele devem ser extraídos a partir da arguição do seu objeto. Em outras palavras, tal qual estruturada pelo autor, a causa acaba por, necessariamente, ligar-se à noção de tipo contratual, na medida em que esta descreve o conteúdo negocial voltado a um fim, sendo a opção por tal negócio a razão justificadora da sua juridicidade. Entretanto, o autor não delimita como isso se daria na prática.

O exame desta suposição no caso de cessão de gestação permitiu concluir que a teoria realmente auxilia no processo hermenêutico. Contudo, quando se partiu para a inquirição específica de negócios biojurídicos, uma observação mais profunda e necessária restou evidente.

Denotou-se, por rigorismo técnico, a relevância de separar o objeto mediato do imediato do negócio, que juntos formam o conteúdo negocial, para, mais didaticamente aferir que cada um desses objetos refletem funções diferentes do negócio. Percebeu-se que o objeto imediato, consubstanciado nas prestações comportamentais assumidas pelas partes negociantes, é capaz de delimitar exatamente qual o tipo de negócio realizado, podendo ter tipo já predefinido no sistema, como os contratos de compra e venda, de doação, cessão etc., ou ser atípico;

enquanto que o objeto mediato, sendo o próprio bem jurídico almejado pelas partes, reluz o regime jurídico a que tal acordo deve ser formatado.

Neste ponto, a harmonia da teoria se mostrou perfeita diante da análise hipotética levantada inicialmente, nesta tese, de que os direitos da personalidade podem figurar como objeto de negociações civis. Quando se identifica no objeto imediato de um negócio um bem personalíssimo, está-se diante do elemento que direciona obrigatoriamente o negócio a um regime jurídico negocial baseado na teoria contratual clássica, adaptado aos ditames hermenêuticos civis-constitucionais que transportam a pessoa humana para o centro paradigmático do negócio, no qual as questões patrimoniais que por ventura vierem a circundar o acordo são levadas à segundo plano e a perquirição da causa norteadora da celebração do pacto se faz determinante e imprescindível.

Sugere-se a adoção pela legislação e a doutrina nacionais que, sempre que o negócio tiver como objeto um bem personalíssimo, a causa do pacto seja obrigatoriamente observada, modelando, assim, um regime especial de tratamento para os referidos acordos. Por certo que os exatos contornos desse regime deverão ser, ainda, construídos a partir dos esforços de juristas dedicados ao estudo do tema, a fim de separar o contexto negocial cabível aos negócios existenciais e os que devam ser excluídos por se mostrarem direcionados à aplicação exclusiva dos negócios patrimoniais. Aqui, pretendeu-se apenas apontar, com rigorismo técnico e em conformidade com o marco teórico adotado, a necessidade de adaptação legislativa, sem aprofundar na delimitação de tais contornos.

Identificada a necessidade de tratamento dos negócios biojurídicos por um regime especial, passou-se a investigar o sistema causalista, há muito em desuso em grande parte dos ordenamentos jurídicos, sobretudo o brasileiro, a fim de identificar se existiria alguma aplicação útil a esta classe tão especial de acordos aqui defendidos como existentes tanto no mundo dos fatos quanto no universo jurídico. Como resultado da observação do conceito de causa negocial trazido na doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, foi possível constatar que o instituto causal poderia servir à avaliação mais adequada da validade e da eficácia destes negócios.

Enquanto Pontes de Miranda faz uma análise linear e genérica sobre cada um dos planos do negócio jurídico, ou seja, para ele, todos os negócios jurídicos estariam submetidos aos mesmos elementos existenciais e requisitos de validade, a doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo remete à importância de fazer uma análise inversa,

partindo de níveis maiores de abstração, como os requisitos e pressupostos de validade e eficácia de todos os negócios em geral, até chegar ao negócio jurídico concreto.

O estudo sobre a classificação doutrinária dos negócios em abstrato ou causais permitiu constatar que sempre que a forma, mesmo que existente, for indiferente para a produção de efeitos do acordo, o objeto negocial ganhará relevo e passará a determinar a classe do negócio como objetivo, tendo, portanto, uma causa de realização. Assim, se o negócio não for meramente formal, onde não interessa a sua causa, ele será objetivo, de modo que teve uma causa e ela foi relevante para a sua realização, o que justifica sua apreciação. Observou-se que, em regra, os negócios causais podem ser típicos, ora por se referir a um fato logicamente anterior ao próprio negócio e que o justifica, quando, então, sua causa é pressuposta; ora por se referir a um fato futuro ao qual tende, quando a causa é final.

Entendeu-se que a causa não faz parte intrinsecamente do negócio, ou seja, não está contida entre os elementos que compõem o negócio de maneira essencial, e, portanto, não figura entre os elementos de existência dele, muito embora exerça papel imprescindível, ora para a verificação da validade do negócio jurídico, ora para a eficácia. Diante de tal constatação, compreendeu-se que não é possível fazer uma completa e adequada análise do negócio quanto à validade e à eficácia sem antes identificar a causa, se ela existir.

Existe uma relação entre os planos de validade e eficácia e a causa. Assim, para que se faça a análise destes planos, necessariamente, deve-se identificar se o negócio é causal ou não, a partir da observação de seu objeto. O sendo, passa-se à análise de se a causa é pressuposta ou final e só então é possível concluir pela sua validade ou pela sua eficácia, respectivamente, a depender da causa.

Nota-se que aqui se encontra a grande diferença doutrinária apontada por Antonio Junqueira de Azevedo referente ao tema, na medida em que a maioria da doutrina não associa a causa como um instituto necessário à validade e à eficácia do negócio. Desvelou-se, assim, a finalidade do estudo da causa e de sua observação no negócio jurídico concreto.

De tudo quanto foi entendido acerca da compilação dos autores estudados, pode-se destacar que a adoção da causa, ao ser desenvolvida em um ambiente social propício a um controle mais direto da relação nascida da autonomia privada, sem, no entanto, preliminarmente limitar a disponibilidade dos direitos personalíssimos, é

capaz de despenhar papel relevante na construção de uma dogmática jurídica mais atualizada e contemporânea. Percebeu-se ser possível afastar a preocupação que residia no subjetivismo a que a teoria clássica da causa conduzia e, de maneira objetiva, realizar a sua apreensão em cada caso concreto e, a partir desta identificação, realizar o melhor exame do negócio realmente realizado entre as partes.

Desta forma, destaca-se, nesta pesquisa, que seria possível concluir por uma faculdade de aplicação da causa nos negócios de cunho econômico, tendo em vista que o sistema jurídico contorna a referida ausência de previsão causal dos negócios e busca por outros meandros proteger as partes envolvidas. No entanto, nos negócios biojurídicos, a ausência da noção de causa e de sua real apreciação diante dos casos concretos conduz a graves desacertos hermenêuticos como, por exemplo, considerar um negócio de cessão de gestação realizado entre a idealizadora da parentalidade e a gestante um acordo inválido sem observar as causas pressuposta ou finais que norteiam a celebração do pacto.

Infere-se, portanto, que a apropriação pela sistemática jurídica negocial do conceito da causa poderá ser de grande valia e servir como justificativa da validade dessas negociações biojurídicas que, enquanto analisadas unicamente pelos parâmetros estáticos, incompletos e insuficientes descritos na lei civil levariam ao entendimento da invalidade do pacto.

Não se pode olvidar ainda que se na teoria geral dos direitos personalíssimos o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como uma cláusula geral, por certo que por detrás de todo negócio biojurídico existe como plano de fundo a nortear toda a sistemática hermenêutica a ser aplicável aos casos concretos. Esta percepção acaba por conduzir à necessidade de se definir um critério que eficazmente possa incluir o princípio na análise concreta dos casos e permita verificar objetivamente se o negócio é considerado merecedor de reconhecimento jurídico.

A causa pode funcionar como uma justificativa da juridicidade de um ato de vontade enquanto criador de obrigação, situando-se no seu nascedouro quando se tratar de causa pressuposta, assim como, também, pode transcender para fundamentar a manutenção da própria obrigação, quando se referir à causa final. A causa da juridicidade, mantendo-se, justifica a permanência da obrigação e o surgimento dos efeitos dela derivados, alcançando, consequentemente, o plano da eficácia.

Por esta razão, a investigação minuciosa e detalhada do vínculo obrigacional na busca da causa enseja a juridicidade da relação assumida pelas partes. Pelo que foi exposto, sintetiza-se as funções vislumbradas de poder que desempenha a causa, justificando, assim, a tese aqui edificada:

1. Observou-se que a causa serve ao estabelecimento de contornos ao exercício da autonomia privada, haja vista que, se por um lado, advoga-se pelo exercício pleno e autônomo de disposição do próprio corpo pelo sujeito titular desse direito, por outro lado, identifica-se a necessidade dessa disponibilização passar por um crivo de legalidade, não em sede abstrata da lei, mas sim, quanto à análise dos casos concretos, o que se mostra possível pela verificação da causa do negócio e de sua detida análise casuística. Se a causa pressuposta ou final contiver um interesse legítimo e sustentável no arcabouço legislativo nacional, ela própria justificaria a disponibilidade do direito ao corpo realizado pela cedente do útero. No caso em tela, o direito à reprodução, o direito à vida e a concretização da dignidade das pessoas envolvidas no acordo sublinhado pelo exercício autônomo de suas liberdades, inclusive pela escolha da gestante de dispor de seu próprio corpo, desenhado na causa final do acordo, validam a disposição do direito personalíssimo da gestante. O ineditismo desta tese reside na defesa de que o que traz a idoneidade necessária para o efetivo ingresso e o acolhimento do negócio biojurídico no universo do Direito, exatamente por ter natureza existencial e versar sobre direitos personalíssimos, é a causa. A não observação da causa pressuposta e causa final que ensejaram a criação e a manutenção do vínculo entre as partes, retira a mais adequada percepção da idoneidade da disposição do órgão humano. Confunde-se a função, a razão da disposição. Sem a causa, a disposição do direito personalíssimo parece ser uma ofensa à dignidade humana. Enquanto que, ao levar em consideração a causa, a disposição revela a função e a nobreza do ato. Nota-se que no contrato reprodutivo, não se pode perder de vista a causa final, para que se alcance os efeitos queridos pelas partes. Desta forma, o negócio é causal. Se a forma, independentemente da causa, fosse suficiente para produzir os efeitos, este negócio seria abstrato. Sendo justo o contrato, segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar, só limitada por considerações de ordem pública, que devem ser, em trabalhos futuros, delineadas especificamente. Assim, enquanto forem observados limites mínimos, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver, o que, de resto, constitui um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de

que é permitido tudo que não é proibido. Podem, portanto, discutir livremente todas as condições contratuais, celebrar contratos regulados por lei ou quaisquer outros inéditos, desde que a disposição do direito personalíssimo recaia sobre o direito ao próprio corpo do disponente, fixando os efeitos queridos e aceitos pelas partes;

2. Uma segunda serventia da causa é a de funcionar como instrumento de fiscalização por parte do Estado/juiz diante dos casos concretos acerca dos princípios que regem o direito contratual biojurídico e a adequada aplicação e a adaptação aos valores constitucionais que devem nortear tais pactos, tendo em vista envolverem direitos personalíssimos;

3. A causa mostra-se, ainda, como elemento capaz de compatibilizar e adequar a teoria contratual brasileira aos parâmetros diferenciados exigido pelos negócios biojurídicos, haja vista implicar numa obrigatória observação das cláusulas contratuais corretamente estipuladas entre as partes a partir de um viés interpretativo condizente com a hermenêutica civil-constitucional que se impõe desde a entrada em vigor da atual legislação constitucional. A causa é o elemento que transporta os preceitos constitucionais para dentro do negócio e promove a simbiose ainda maior do texto civil com o ordenamento constitucional, estimulando a ligação mais íntima entre a esfera pública e a privada. Reconhece-se, assim, que os atos que contenham manifestação de vontade relacionados a direitos personalíssimos podem figurar na classe de negócios jurídicos, entretanto, é certo que o seu exercício estará sujeito aos valores constitucionais, havendo uma constante necessidade de adequação entre a liberdade de gestão do próprio corpo diante do exercício dos direitos privados relevantes à pessoa e a sociedade e os mandamentos de ordem pública, devendo-se garantir as liberdades devidas, sem, entretanto, suprimir direitos essenciais à própria manutenção da dignidade humana;

4. Sustentou-se, por fim, que a causa pode, também, permitir uma abertura dos sistema contratual à validade e à eficácia de acordos que têm como objeto um bem personalíssimo, antes desconsiderados pela dogmática jurídica clássica.

Expostos os principais apontamentos contidos no desenvolvimento da obra, as linhas finais desta conclusão sustentam a percepção de que é possível, por meio da adoção da causa negocial, identificar um sistema jurídico coeso e uniforme que permita gerar segurança aos particulares que, com base na liberdade inerente à essência humana, possam exercer direitos sem tê-los desarticulados pelo próprio Estado, que tem o dever de ampará-los. Desta forma, afirmar que o contrato não é

ambiente adequado para tratar de questões existenciais significa andar na contramão do texto constitucional, tendo em vista o movimento de personalização que impactou todo o ordenamento jurídico nacional.

Defende-se a hipótese de que é necessária e possível uma releitura do arcabouço conceitual do direito contratual, a fim de compatibilizá-lo aos direitos personalíssimos por meio da causa contratual, haja vista ser ela o instrumento que permite uma adaptação da lei referente aos direitos personalíssimos dentro do direito contratual.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. Direito Subjetivo I: conceito, teoria geral e aspectos constitucionais. **Revista dos Tribunais**, 2012. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Direito-subjetivo-artigo-Georges-Abboud-e-Henrique-Garbellini-v.digital.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Justiça contratual: as transformações da teoria do contrato e uma reflexão à luz do pensamento de John Rawls. *In*: MIZUTTA, Alessandra; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer; WEBER, Thadeu (org.). **Princípios Fundamentais de Justiça**. Curitiba: Juruá, 2015.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Ewerton Willian. A vida numa casca de noz? A insuficiência do conceito de direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para aplicação do direito e realização da autonomia privada. *In*: PONA, Éwerton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coords.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMATO, Juliana. Esterilização masculina e feminina (laqueadura/vasectomia). **Fertilidade.org**, 2020. Disponível em: <https://fertilidade.org/esterilizacao-masculina-e-feminina-laqueadura-vasectomia/>. Acesso em: 17 nov. 2022.

ANDRADE, Manuel Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 2003.

AÑON, Carlos Lema. **Reproducción, poder y derecho**. Madrid: Trota, 1999.

ARAÚJO, Ana Paula. A cessão temporária de útero x a barriga de aluguel. **News F5**, 2022. Disponível em: <https://www.f5news.com.br/blogs-e-colunas/direito-de-familia/a-cessao-temporaria-de-utero-x-a-barriga-de-aluguel.html>. Acesso em: 31 jan. 2023.

ARAUJO, Nádia; VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Gestação de Substituição: Regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. *In*: PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Família**: entre o público e o privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução: Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. “Boas práticas” e ética nos ensaios clínicos. *In*: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.). **Estudos de direito da bioética**. Coimbra: Almedina, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação, função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial onerosidade excessiva. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (orgs.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 69, n. 1, jan. 1974. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66720>. Acesso em: 4 fev. 2022.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, n. 832, fev. 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986.

AZEVEDO, Marco Antonio de Oliveira. **Bioética fundamental**. Porto Alegre: Tomo, 2002.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001.

BARBOSA, Ewermeson Joabe de Melo Ribeiro. A (im)pertinência de normatização constitucional acerca do princípio da ampla disposição do próprio corpo: body modification. **Revista de Direito UNIFACEX**, v. 8, n. 1/2, p. 14-33, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifacex.com.br/direito/article/view/863>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BARBOSA, Fabiano Timbó. Elsevier. **Sociedade Brasileira de Anestesiologia**, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.bjan.2018.11.0070034-7094/©>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coords.). **Cuidado e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coords.). **Cuidado e vulnerabilidades**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 2.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. **Ethica Cadernos Acadêmico**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 1998.

BARCELLONA, Mario. **Della causa**: il contratto e la circolazione della ricchezza. Padova: CEDAM, 2015.

BARROSO, Carlos Henrique. O falso motivo como vício do negócio jurídico no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36931>. Acesso em: 22 de nov. 2022.

BASHO NETO, Ken. Da inexistência da “escada ponteana”: uma introdução aos planos da existência, da validade e da eficácia em Pontes de Miranda. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 2, p. 23-34, 2019. Disponível em: <https://trf1.emnuvens.com.br/trf1/article/view/104>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BASTOS, Ricardo da Silva. Fundamento filosófico da função social do contrato. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BATISTA, Alexandre Jamal. **A causa do contrato e sua funcionalidade**. 2021. 142 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/24926>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica dos direitos da personalidade. *In*: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo código civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2005.

BERGSON, Henri. **As duas fontes da moral e da religião**. São Paulo: Almedina, 2005.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. Negozio giuridico. **Novíssimo digesto italiano**, XI, p. 208, 1965.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 1.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BIANCA, Massimo. **Diritto civile**. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 6, n. 4, 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/83>. Acesso em: 4 fev. 2022.

BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato existencial**: evolução dos modelos contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

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

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e críticas à razão patrimonial aplicada aos direitos de personalidade. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado. (coords.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE. Flávio (orgs.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de**

1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 9 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.263 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reprodução humana e clonagem: perspectivas éticas e jurídicas. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Bioética e sexualidade.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

BRAVO, Federico Castro y. **El negocio jurídico.** Madrid: Editorial Civitas, 2016.

BRITO, Rodrigo Toscano. Conceito atual de família e suas repercussões patrimoniais. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRITTO, Nara Pinheiro Reis Ayres de; MORAIS, Ariana Avohay Nascimento de. Breves apontamentos sobre a gestação por substituição durante a guerra de 2022 na Ucrânia. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ**, v. 3, n. 1, p. 60-70, 2022. Disponível em:

<https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/107>. Acesso em: 3 jan. 2023.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CÂMARA, José; MOREIRA Rafaela. Brasileira em Kiev relata drama em abrigo que divide com 30 adultos e 10 bebês de barriga de aluguel. **G1**, Mato Grosso do Sul, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2022/02/26/brasileira-em-kiev-relata-drama-em-abrigo-que-divide-com-30-adultos-e-10-bebes-de-barriga-de-aluguel.ghtml>. Acesso em: 3 jan. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1998.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direito da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Da vulnerabilidade do filho oriundo da reprodução humana assistida em decorrência da ausência de parentalidade responsável**. 2013. Tese (Pós-Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 7., 2009, Belo Horizonte. **Anais [...]**. São Paulo-SP: IOB Thomson, 2009. v. 1. p. 1-25. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/223.pdf. Acessado em 20 out. 2015.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida post mortem. **Revista de Ciências Jurídicas da UEM**, Maringá, v. 7, p. 119-138, 2009.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; WINCKLER, Cristiane Gehlen. Da vulnerabilidade do embrião emergente da reprodução humana assistida. *In*: SANCHES, Mário Antonio; GUBERT, Ida Cristina (orgs.). **Bioética e vulnerabilidades**. Curitiba: Champagnat, 2012.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Quando deve ter início a proteção da vida humana? (A verdadeira questão inerente ao julgamento da ADIN 3510 pelo STF). **Boletim IBC-CRIM**, São Paulo, ano 25, n. 176, jul. 2007.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspecto jurídico. *In*: QUEIROZ, Juliane Frnandes (org.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASAIIS brasileiros recorrem à Índia para cessão temporária de útero. **Fertility Medical Group**, 2013. Disponível em: <https://fertility.com.br/noticias/casais->

brasileiros-recorrem-a-india-para-cessao-temporaria-de-utero/. Acesso em: 5 jan. 2023.

CASSETTARI, Chistiano. **Elementos de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSETTARI, Chistiano. Multiparentalidade e a recente decisão do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul sobre o tema (TJRS – AC 0461850-92.2014.8.21.7000). **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, v. 1, n. 5, p. 184-187, 2015.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CERUTTI, Eliza. Gestação por substituição: o que o Brasil pode aprender com a experiência estrangeira. Belo Horizonte: **RKL Advocacia**, 2017. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/gestacao-por-substituicao-o-que-o-brasil-pode-aprender-com-experiencia-estrangeira/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CHEVREAU, Emmanuelle. La cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain. **Revue des contrats**, Paris, v. 1, 2013.

CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Adimplemento substancial: análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro**. 2014. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/15668>. Acesso em: 22 nov. 2022.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Aval. Condição não expressa como causa: a inadmissibilidade do aval condicionado como obrigação cambiária, perante terceiros de boa-fé. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 5, 2011. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002339061>. Acesso em: 22 nov. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Código de Ética Médica. **Resolução nº 2.320/2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Brasília,

DF: CFM, 2022. Disponível em:
https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf.
 Acesso em: 19 jan. 2023.

CORDEIRO, Antonio M. **A modernização do Direito Civil**: aspectos gerais. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Coimbra: Almedina, 2018. v. 7.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. **Revista Bioética**, n. 2, v. 9, 2001. Disponível em: <http://www.unifra.br/professores/14261/Artigo%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20Assistida>. Acessado em: 25 maio 2021.

COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da. **A lei de procriação medicamente assistida anotada**. Lisboa: Coimbra, 2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE GOIÁS (CREMEGO). **Parecer nº 13/2014**. A autorização para a utilização de procedimento de útero de substituição, em que a doadora temporária do útero não faz parte da família dos solicitantes até quarto grau, conforme determina a Resolução CFM Nº 2013/2013, é possível desde que não haja vínculo comercial entre os solicitantes e a doadora do útero ou qualquer outra vantagem decorrente desta relação. Goiás, GO: CREMEGO, 2014. Disponível em: http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27023%3Aparecer-autoriza-uso-de-utero-de-substituicao-com-doadora-sem-parentesco-com-o-casal&catid=3&Itemid=491. Acessado em 20 out. 2021.

CRIVILIM, Beatriz Vieira Muchon; GIROTTO, Guilherme Augusto; BERGAMASCHI, Mariane da Silva. Da interseção entre as autonomias bioética e biojurídica como instrumento de garantia à dignidade da pessoa humana. In: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (orgs.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina: Thoth, 2022.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Afonso Celso Furtado Resende. São Paulo: Quorum, 2008.

DABIN, Jean. La teoria de la causa. **Revista de Derecho Privado**, 1955.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Programa de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação descodificação recodificação**: do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

DÍEZ-PICASSO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Madrid: Civitas,

2007. v. 1.

DILEO, Gerard M. **Guia médico da gravidez passo a passo**. São Paulo: MBooks, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**: de acordo com o novo Código Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DODENA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOMAT, Jean. **Les loix civiles dans leur ordre naturel**. Paris, v. 1, n. 1, 1697.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONISI, Carmine. In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano XXI, Milano: Giuffrè, 1967.

DUPICHOT, Philippe. Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats. **Droit & Patrimoine**, n. 247, maio 2015.

DUQUE, Bruna Lyra. **Causa do contrato: entre direitos e deveres**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2018.

ENGELMANN, Wilson; BASAN, Arthur Pinheiro; HELGERA, Carlos José de Cores. Do contrato liberal ao contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 33, ago. 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3527>.doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3527>. Acesso em: 2 abr. 2022.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1986.

ESPOLADOR, Rita de Cassia Risquetti Tarifa. Os direitos da personalidade em defesa do embrião pré-implantado: a autonomia corporal. *In*: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (orgs.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba:Juruá, 2016.

ESTADOS UNIDOS. **Wikipédia**, 25 de janeiro de 2023. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Estados_Unidos. Acesso em: 8 fev. 2023.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamento, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e

velhos problemas à luz de dez desafios. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**: consequências práticas. Curitiba: Educa, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**. São Paulo, 1984.

FARIA, José Eduardo. **O sistema brasileiro de Justiça**: experiência recente e futuros desafios. São Paulo, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: contratos: teoria geral e contratos em espécie. Salvador: Juspodivm, 2012.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA (FEBRASGO). Comissão Nacional Especializada em Reprodução Humana. **Reprodução Humana**: Manual de Orientação, 2011. Disponível em: https://www.febrasgo.org.br/images/arquivos/manuais/Manuais_Novos/Manual_de_Reproducao_Humana.pdf. Acesso em: 1 set. 2020.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRARA, Francesco. La simulación de los negocios jurídicos. **Revista de Derecho Privado**, Madri, 1931.

FERRARA, Francesco. **Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano**. Milano: Società Editrice Libreria, 1902.

FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Fabris, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o mini dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2008. p. 665.

FERREIRA, Jussara Sussi de Assis Borges Nasser. Entre princípios e situações: hermenêutica e projetos existenciais. *In*: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (orgs.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

FERREIRA, Marcelo Costa. Congelamento de óvulos: tudo o que você precisa saber! **Fecondare**, 2021. Disponível em: <https://fecondare.com.br/artigos/congelamento-de-ovulos-tudo-o-que-voce-precisasaber/#:~:text=Criopreserva%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20o%20resfriamento%20de,o%C3%B3cito%20congelado%20nasceu%20em%201986>). Acesso em: 17 nov. 2022.

FERRI, Giovanni Battista. **Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico**. Milano: Giuffrè, 1968.

FERRI, Luigi. **Autonomia privata**. Milão: Giuffrè, 1959.

FIFTY SHADES OF GREY. **Wikipédia**, 29 de dezembro de 2022. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Fifty_Shades_of_Grey_\(filme\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Fifty_Shades_of_Grey_(filme)). Acesso em: 8 fev. 2023.

FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima de Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRANÇA. **Journal Officiel de la République Française**, n. 0035, 11 fev. 2016.

FRANZONI, Massimo. La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. **Jus Civile**, n. 5, 2017.

FRANZONI, Massimo. **Trattato della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2010. v. 1.

GABRELLI, Enrico. **Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto**. Contratto, mercato e procedure concorsuali. Torino: G. Giappichelli, 2006.

GADIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a tutela da personalidade**. 1997. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

GAFO, Javier. **Bioética**. Lisboa: Paulus, 2006.

GALLO, Paolo. Revisione e rinegoziazione del contratto. *In*: SACCO, Rodolfo (org.). **Estrato da Digesto delle discipline privatistiche**. Torino: UTET, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações familiares: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Novas situações jurídicas**. Entrevista concedida à Revista IBDFAM. Procriações Assistidas. 15. ed. 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

GARCIA, Rebeca dos Santos. **Vícios redibitórios no direito civil brasileiro**: função e estrutura. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

GARIBOTTO, Juan Carlos. **Teoría general del acto jurídico**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

GASPAR, Maria D. **Garotas de programa**: prostituição em Copacabana e identidade social. 3. ed. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1984.

GAUER, Raphaela; CARDOSO, Ana Lucia Brunetta. Parentalidade socioafetiva: estudo de caso. **Justiça & Sociedade**, v. 4, n. 1, p. 627-675, 2019. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/780/727>. Acesso em: 27 jan. 2023.

GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto privato**. Napoli: ESI, 2015.

GIORGIANNI, Michele. **L'inadempimento**. Milano: Giuffrè, 1975.

GIORGIANNI, Michele. **La causa del negozio giuridico**. Milano: Giuffrè, 1974.

GODOY, Cláudia Luiz Bueno. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**: atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. São Paulo: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 2. ed. atual. e aum. Brasileira. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, jan./mar. 2001.

GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. **Dos limites bioéticos e jurídicos quando do exercício do planejamento familiar**: uma análise da maternidade substitutiva e do bebê-medicamento. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro Universitário Cesumar, Maringá, 2013.

GUIMARÃES, Fernando Marques. Doação de óvulos no Brasil: regulamentações e legislações. **Percurso Acadêmico**, Belo Horizonte, v. 8, n. 18, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/17603>. Acesso em: 26 nov. 2022.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. **Os direitos da personalidade da pessoa jurídica de direito público**. 2010. 232 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24082012-120042/publico/Versao_Integral_Tese_de_Doutorado_Henrique_Geaquinto_Herkenhoff.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado: superando a crise e renovando princípios no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa Civil Brasileira. *In*: BAROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 209-228, 2014. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002665887>. Acesso em: 22 nov. 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

HONNETH, Alex. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo, 2003.

HURTADO, Avelino León. **La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos**. 4. ed. atual. Santiago: Jurídica do Chile, 1991.

ITÁLIA. **Decreto Real 16 de março de 1942-XX, n. 262**. Código Civil Italiano. Disponível em: <https://www.codice-civile-online.it/regio-decreto-16-marzo-1942-xx-n-262/approvazione-del-testo-del-codice-civile>. Acesso em: 15 jan. 2022.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JABUR, Gilberto Haddad. Os direitos da personalidade No Código Civil Brasileiro. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 58, p. 434-488, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=142689310&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 7 dez. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 34-75, 2010.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/151>. Acesso em: 4 fev. 2022.

KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 4, n. 1, 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0355_0404.pdf. Acesso em: 4 fev. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KÜMMEL, Marcelo Barroso. A classificação dos fatos jurídicos. **Revista Direito em Debate**, ano 11, n. 18, p. 191-197, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/758>. Acesso em: 27 out. 2022.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Tradução: M. Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: RDP, 1978.

LEAL, Adisson. Interpretação e causa: uma teoria sobre espaços casuais. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 1, n. 2, p. 1-28, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0001_0028.pdf. Acesso em: 1 nov. 2022.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. **Scientia**

Iuris, v. 21, n. 3, p. 248-286, 2017. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/30759>. Acesso em: 5 fev. 2022.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; MARQUESI, Roberto Wagner. A necessidade do diálogo das fontes nas relações de consumo suscetíveis ao comércio eletrônico. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 757-775, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/30346/24688>. Acesso em: 5 fev. 2022.

LEME, Lino de Moraes. **Do erro de direito em matéria civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

LEME, Lino de Moraes. **A causa nos contratos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1957.

LEMONS, Vinicius. 'Carrego seu filho por 100 mil': o mercado online da barriga de aluguel. **BBC News Brasil**, Cuiabá, 9 jan. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>. Acesso em: 1 dez. 2022.

LIMA, Ederson Kaique. Porque a Ucrânia é o 'paraíso das barrigas de aluguel'?. **Olhar digital**, 2022. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/02/27/medicina-e-saude/porque-a-ucrania-e-o-paraíso-das-barrigas-de-aluguel/>. Acesso em: 3 jan. 2023.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. **Revista Civilística**, v. 7, n. 3, p. 1-24, 2018.

LIMA, Jairo Néia; PEGORER, Mayara Alice Souza. Autonomia das mulheres em tempos de zika vírus: uma perspectiva sobre o aborto a partir dos direitos sexuais e reprodutivos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado. **Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2017.

LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. **Negócios indiretos e negócios fiduciários**. 2016. 282 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7065>. Acesso em: 22 nov. 2022.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba, Juruá, 2019.

LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Direitos da personalidade: objeto de negócios jurídicos existenciais. **Revista de Direito Brasileira**, v. 31, n. 12, p. 413-426, 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8966>. Acesso em: 30 jan. 2023.

LOPES, Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006.

LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACHADO, Simone. O sonho da paternidade que faz homens solteiros buscarem barriga de aluguel no exterior. **BBC News Brasil**, São Paulo, 30 set. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-63059996>. Acesso em: 1 dez. 2022.

MADEIRA, Débora Fernades Pessoa; SANTOS, Lorena Pereira dos; MARINHO, Raquel da Silva. Essencialidade e vulnerabilidade no consumo de água para a jurisprudência no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no STJ. **Revista de Direito**, v. 12, n. 02, p. 1-24, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9968>. Acesso em: 23 mar. 2022.

MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. **Droit des obligations**. Paris: LGDJ, 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINO, Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco P. C. **Interpretação do negócio jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES NETO, Antônio José. A intervenção do estado na autonomia privada. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-80, jul./set. 1986.

MARQUESI, Roberto Wagner; SIMONI, Adriel Borges. O princípio da boa-fé objetiva e a cobertura securitária nos casos de preexistência de doença - direito italiano e brasileiro. **Revista Científica Sensus-Direito**, v. 1, n. 10, p. 84-110, 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner; LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza. Os aspectos dos contratos de adesão nas relações de consumo e a possibilidade de readaptação de contratos do consumidor superendividado à luz da tutela jurisdicional. *In*: SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO UEL, 8., 2017, Londrina. **Anais [...]**. Londrina: UEL, 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/soac/index.php/seminariointerinstitucionaluei/VIIISIMUEL/paper/viewFile/115/61>. Acesso em: 5 fev. 2022.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e negócios jurídicos existenciais. *In*: AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Matos do; MARTINS, Éverton Pona; Priscila Machado (orgs.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**. Curitiba: Juruá, 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 79, p. 265-308, jul./set. 2011.

MARTINS, Joana Graeff. **Uma abordagem acerca da causa contratual**. 2008. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8053>. Acesso em: 22 nov. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, maio 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057>. Acesso em: 4 fev. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, v. 2, n. 4, p. 347-379, 2004. Disponível em:

<https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49203>. Acesso em: 4 fev. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, maio 2017.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *In*: Luiz Edson Fachin (org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. Negócios biojurídicos. *In*: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (orgs.). **Negócios jurídicos e liberdades individuais**: autonomia privada e situações existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1995.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, v. 14, ano 5, p. 159-178, 2018. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/375>. Acesso em: 22 de nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Remessa Necessária – Cv nº 1.0000.20.586948-0/001**. Relator: Des.(a) Moacyr Lobato, 2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=cess%E3o%20Fatero&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 8 fev. 2023.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *In*: MAQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. t. 4.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 3.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 2.

MOLON JÚNIOR, Nelson. Contratos existenciais e a sua aplicabilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 19, ano 6, p. 113-134, 2019. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/594>. Acesso em: 4 fev. 2022.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. **Pensar**, v. 21, n. 2, p. 389-410, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/5522/pdf>. Acesso em: 4 fev. 2022.

MONTEIRO, Ralpho Waldo de Barros; MONTEIRO, Marina Stella de Barros. A causa dos contratos e a exceptio non adimpleti contractus. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 958, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **civilistica.com**, v. 2, n. 1, p. 1-24, 30 jan. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/55>. Acesso em: 22 nov. 2022.

MORAES, Maria Amália Dias de. O conceito de negócio jurídico no direito civil francês e brasileiro. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n. 47, p. 161-178, nov. 1989.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**: na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, Alysson Oliveira. Autonomia existencial no fim da vida: um caminho para plenitude da existência até os últimos momentos e a morte digna. *In*: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (orgs.). **Direito Contratual Contemporâneo**. Londrina, Paraná: Thoth, 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 93-106, jan./abr. 2003.

MOREIRA, Rafaela. Entenda por que casais brasileiros vão até a Ucrânia para buscarem filhos gerados em barrigas de aluguel. **G1**, 26 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2022/02/26/por-que-casais-estrangeiros-vao-ate-a-ucrania-para-buscar-filhos-gerados-em-barrigas-de-aluguel-entenda.ghtml>. Acesso em: 4 fev. 2022.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana**. 2015. 291 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13228/1/DireitoLivreDesenvolvimento.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2022.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a construção da família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 18, v. 73, p. 17-29, jan. 2017.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 843, p. 97-112, 2006. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/28940>. Acesso em: 22 nov. 2022.

NIELSSON, Joice Graciele. Corpo reprodutivo e biopolítica: a hystera homo sacer. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 880-910, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/MC5VRnhpJrWSpFDk8GxsyNn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 fev. 2022.

NIELSSON, Joice Graciele. Planejamento familiar e esterilização de mulheres no Brasil: a ambivalência entre a retórica dos direitos humanos e a prática do controle reprodutivo sobre o corpo das mulheres. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 45, p. 318-345, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/21990>. Acesso em: 5 fev. 2022.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, p. 223-241, dez. 1979. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8833>. Acesso em: 10 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 24 jan. 2023.

ORTIZ-URQUIDI, Raul. **Derecho civil**. México: Editorial Porrúa, 1977.

OTERO, Cleber Sanfelici; SANDRI, Jussara Schmitt. Função social dos contratos e reprodução humana assistida no contexto dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 1, n. 28, p. 176-209, 2012. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/444>. Acesso em: 18 ago. 2022.

PAVÃO, Juliana Carvalho; GOIS, Paula Barbosa de; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Negócios biojurídicos e seus limites. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 289-315, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/303/266>. Acesso em: 22 mar. 2021.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**. Campinas: Mellenium, 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: GEN, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. Rio de

Janeiro: Forense. 2014.

PEREIRA, Lygia da Veiga. A importância do uso das células tronco para a saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 13, n. 1, p. 7-14, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/Jxx3B5stXPw4L9t5LVrxszq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 fev. 2022.

PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. In: PERLINGIERI, Pietro (org.). **Il diritto dei contratti tra persona e mercato**. Napoli: ESI, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PESIRI, Fabrizio Virginio. Il c.d. negozio novativo della causa. Profili sistematici. **Rassegna di diritto civile**, Napoli, v. 4, 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito de família contemporâneo**. 3. ed. Lisboa: Alameda da Universidade, 2010.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. Paris: LGDJ, 1907. t. 2.

PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (orgs.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. reimp. da edição de 1982. Coimbra: Almedina, 2017.

PUGLIATTI, Salvatore. **Diritto civile**: metodo-teoria-pratica. Milano: Giuffrè, 1951.

PUGLIATTI, Salvatore. **Il fatto giuridico**. Milano: Giuffrè, 1996.

PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meios e de resultado**: análise crítica. Rio de Janeiro: GEN, 2011.

REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. **Direito e genética**: limites jurídicos para a intervenção no genoma humano. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. *In*: MAQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 431.

RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico. Bebê globalizado: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 46, p. 249-270, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/23376/17466>. Acesso em: 1 out. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Renata da. **O Direito à vida e as pesquisas com células-tronco**: limites Éticos e Jurídicos. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008.

RODOTÀ, Stéfano. **Autodeterminação e laicidade**. Tradução: Carlos Nelson Konder. Bari: Laterza, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **Le fonti di integrazione del contratto**. Milano: Giuffrè, 1969.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luis. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2006.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/vulnerabilidade-hipossuficiencia-no-contrato-739822149>. Acesso em: 4 fev. 2022.

ROSAS, Roberta. Do negócio jurídico aos contratos no Direito português: aproximações com o Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 66, n. 499, p. 11-21, maio 1977. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/165872>. Acesso em: 22 nov. 2022.

ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A gestação de substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança a nascer. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coords.). **Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 113-134.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. **História e teoria das fontes do direito romano**. Belo Horizonte, 2011.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **Testamento vital: aspectos controversos e a autonomia do enfermo**. Curitiba: Juruá, 2017.

SAMPAIO, Rosana Ferreira; MANCINI, Marisa Cotta. Estudos de revisão sistemática: um guia para síntese criteriosa da evidência científica. **Revista Brasileira de Fisioterapia**, São Carlos, v. 11, n. 1, p. 85, jan./fev. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbfis/v11n1/12.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

SANCHES, Mário Antonio. Reprodução assistida: da parentalidade à metaparentalidade. In: PORTO, Dora *et al.* (orgs.). **Bioéticas, poderes e injustiças: 10 anos depois**. Brasília, 2012. p. 267.

SANDEL, Michael. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Tradução: Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. "Atto giurídico". *In*: **Enciclopédia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1959.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Atlântida, 1967.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2014.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Vara de Registros Públicos. **Processo nº 66/00**. Disponível em: <http://www.irib.org.br/boletins/detalhes/3610>. Acessado em: 23 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sócias no âmbito das relações jurídico-privadas. *In*: SILVA FILHO, José Carlos; PEZZELLA, Maria Cristina. (coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil: parte I. **Carta Forense**, 2 maio 2019.

SCHREIBER, Anderson. Dever de renegociar. **Carta Forense**, 16 out. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35814727/Dever_de_Renegociar_Carta_Forense_. Acesso em: 4 fev. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, Caroline Guimarães; CASSIANO, Kátia Kelvis; CORDEIRO, Douglas Farias. Mãe solo, feminismo e Instagram: análise descritiva utilizando mineração de dados. Goiânia, 2019. *In*: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO CENTRO-OESTE, 21., 2019, Goiânia. **Anais [...]**. Goiânia: INTERCOM, 2019. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/centrooeste2019/resumos/R66-0561-1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. **A Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 655, p. 7-11, maio 1990.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do Pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Balow). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, p. 238-270, 1985.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Rodrigo da Guia. A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 107, n. 995, p. 129-155, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. **Revista da AGU**, v. 16, n. 2, p. 293-322, abr./jun. 2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, n. 78, p. 43-83, jun. 2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 98, mar./abr. 2019.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente do direito médico**: validade, interpretação e responsabilidade. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35-91, abr./jun. 2012.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. **civilistica.com**, v. 8, n. 2, p. 1-53, 17 set. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/443>. Acesso em: 22 nov. 2022.

- SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: Subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 54, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307602217_Funcao_negocial_e_funcao_social_do_contrato_subsidios_para_um_estudo_comparativo. Acesso em: 12 dez. 2022.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 58, p. 73-106, abr./jun. 2014.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 10, n. 4, p. 2278-2301, 2015. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/8373/4714>. Acesso em: 4 fev. 2022.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.
- SOUZA, Eduardo Nunes. **Situações jurídicas subjetivas**: aspectos controversos. Rio de Janeiro: Civilistica, 2015.
- SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. **Saúde & Ciência em Ação**, v. 2, n. 1, p. 26-37, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182/139>. Acesso em: 4 fev. 2022.
- SOUZA, Ricardo Pires de *et al.* Conflitos de interesses na pesquisa médico-farmacológica. **Revista Bioética**, v. 21, n. 2, p. 237-240, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/rvtFG3YKLtyFWJkHTqRLmSN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 fev. 2022.
- SPAR, Debora. Reproductive tourism and the regulatory map. **The New England Journal of Medicine**, p. 531-533, 2005. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp048295>. Acesso em: 10 out. 2022.
- SPEAMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre "algo" ou "alguém". São Leopoldo: Unisinos, 2015.
- STIGLITZ, Rubén. S. **Autonomía de la voluntad y revisión del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.
- STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Tradução: Esp. De Jaime Santos Briz. **Revista de Derecho Privado**, Madri, 1947.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre, 2000.

STURZA, Janaína Machado; NIELSSON, Joice Graciele; ANDRADE, Estela Parussolo. A violação ao direito à saúde reprodutiva através da instrumentalização do corpo da mulher: o caso Janaína Aparecida Quirino e a esterilização feminina no Brasil. **Revista Faculdade de Direito da UFG**, São Paulo, v. 44, e61233A, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/61233>. Acesso em: 4 fev. 2022.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, Beatriz Cal. O reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem e a possibilidade da multiparentalidade: um direito do filho. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 5, n. 2, p. 33-47, abr./jun. 2020. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3387>. Acesso em: 24 jan. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 16, p. 75-104, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>. Acesso em: 4 fev. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A MP da liberdade econômica e o direito civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 20, p. 11-13, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/421/289>. Acesso em: 4 fev. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico e a formação progressiva dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, p. 19-30, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 3. (Temas de Direito Civil).

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Soluções práticas de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Direito das obrigações. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coords.). **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOMMASINI, Raffaele. Nullità (dir. priv.). **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1978. v. 28.

VALIM, Thalles Ricardo Alciati. A doutrina da causa no direito francês pós-reforma. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 3, p. 1723-1749, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_1723_1749.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 215.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

VAZ, Marcella Campinho. Pós-eficácia das obrigações. *In*: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coords.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VERONEZ, André Alves. **A teoria objetiva da causa dos contratos**: reflexos na disciplina contratual no código civil brasileiro. 2019. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/238966>. Acesso em: 22 nov. 2022.

VIEGAS, Alessandra Depieri. O paradigma pós-moderno e o poder de autodeterminação: uma análise ao caso do bebê Charlie Gard. *In*: PAIANO, Daniela Braga; ESPOADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa (coords.). **Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do bioreito discussões sobre negócios biojurídicos**. Londrina: Thoth, 2019.

VIÉGAS, Francisco de Assis. **Denúncia contratual e dever de pré-aviso**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VIÉGAS, Francisco de Assis. Notas sobre a pós-eficácia contratual. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coords.). **Princípios contratuais aplicados**: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. São Paulo: Foco, 2019.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética**: temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília, DF: Consulex, 2006.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SIMÃO, Pedro Alci. Barriga de aluguel: aspectos bioéticos e jurídicos. **Revista Jurídica Consulex**, ano 13, n. 291, fev. 2009.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista Forense**, Rio de

Janeiro, n. 71, p. 400-418, 1980. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em: 5 fev. 2022.

WELLE, Deutsche. O drama das mães de aluguel na Ucrânia em guerra. **Istoé**, 30 mar. 2022. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/o-drama-das-maes-de-aluguel-na-ucrania-em-guerra/>. Acesso em: 19 jan. 2023.

WISBECH, Américo *et al.* Bebê prestes a nascer em Santa Catarina terá pai, duas mães e seis avós na certidão. **Poder Judiciário de Santa Catarina**, jul. 2015. Disponível em: <http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/bebe-prestes-a-nascer-em-santa-catarina-tera-pai-duas-maes-e-seis-avos-na-certidao>. Acessado em: 23 dez. 2021.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. **Revista Direitos Culturais**, v. 14, n. 33, p. 135-158, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2977>. Acesso em: 7 fev. 2022.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **Pessoa e justiça**: questão de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2018.