

Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna

Ana Paula Ruiz Silveira LÊDO*

Isabela Cristina SABO**

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do AMARAL***

RESUMO: A pesquisa demonstra que, diante das novas práticas negociais apresentadas pelo mundo atual, notadamente no campo da tecnologia e da biomedicina, o conceito tradicional de negócio jurídico tem sido insuficiente. O estudo, a partir do método dedutivo, revela que alguns fatos não normatizados criam situações jurídicas que não geram propriamente direitos subjetivos, mas interesses que merecem igual proteção, especialmente aqueles relacionados à personalidade, como manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao final, conclui-se, dentro de uma visão contemporânea, que o negócio jurídico clássico e moderno, triangulado por sujeitos titulares de direitos subjetivos e por objetos respaldados na ordem legal, revela-se insuficiente para satisfazer as novas demandas, sobretudo as de natureza existencial, o que impõe a releitura dos conceitos de relação jurídica, situação jurídica e negócio jurídico, fundamentais ao direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-modernidade; autodeterminação; relações jurídicas existenciais; situações jurídicas existenciais; negócio jurídico existencial.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. Noções de Teoria Geral; – 1.1. Do direito objetivo ao direito subjetivo; – 1.2. Situações jurídica, fatos jurídicos e relações jurídicas; – 1.3. O negócio jurídico; – 2. Crítica às concepções clássica e moderna e a elevação da dignidade da pessoa humana: o negócio jurídico existencial; – 3. A autonomia privada existencial: A autodeterminação e a tentativa de uma concepção contemporânea de negócio jurídico; – Conclusões; – Referências bibliográficas.

TITLE: Human Existentiality: Legal Acts in a Postmodern View

ABSTRACT: The research shows that, given the new business practices presented by today's world, especially in the field of technology and biomedicine, the traditional concept of legal acts has been insufficient. The study, from the deductive method, reveals that some facts not create standardized legal situations that do not properly generate rights, but concerns that deserve equal protection, especially those related to personality, as a manifestation of the principle of human dignity. Finally, it was concluded within a postmodern view, the classic and modern legal acts, formed by individuals subjective rights holders and supported objects in the legal order, is insufficient to meet the new demands, especially existential nature, which imposes a reinterpretation of the concepts of legal relationship, legal situations and legal business, fundamental to the private law.

* Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. *E-mail:* anapaula.ruiz@hotmail.com.

** Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Advogada. *E-mail:* isabelasabo@gmail.com.

*** Doutora em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora de Graduação e Pós-graduação e Vice Coordenadora do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). *E-mail:* anaclaudiazuin@live.com.

KEYWORDS: Postmodernity; self-determination; existential legal relationship; existential legal situations; existential legal acts.

CONTENTS: Introduction; – 1. Notions about the General Theory of Law; – 1.1. From objective to subjective rights; – 1.2. Legal situation, legal facts and legal relations; – 1.3. The legal act; – 2. Critique to the classic and modern conceptions and elevation of the dignity of the human person: the existential legal act; – 3. Existential private autonomy: self-determination and the attempt of attaining a contemporary conception of legal act; – Conclusions; – References.

Introdução

A pós-modernidade (ou contemporaneidade) traduz um período de transformações jurídicas que surgem a partir das modificações pelas quais passam a sociedade. Conceitos e institutos jurídicos concebidos no século XIX são desafiados a oferecer respostas em um mundo tecnologicamente avançado. Para dar conta desse desafio, pesquisadores das ciências jurídicas, sobretudo os civilistas, tiveram de elaborar reflexões, no campo da epistemologia, a fim de conceber modelos que deem conta das demandas da sociedade na era da tecnologia.

Ultrapassadas as linhas histórias, tais como o individualismo presente no Código Civil de 1916 e a constitucionalização do Direito Civil, visualizada no Código Civil de 2002, a contemporaneidade ergue-se marcada por acontecimentos que, não obstante sua relevância social, carecem de normatividade jurídica, não se enquadrando na categoria dos fatos jurídicos. Dessa ausência de direito subjetivo decorre o esvaziamento do conceito de relação jurídica e, portanto, de negócio jurídico. Nesse ponto, a situação jurídica desperta grande interesse doutrinário, haja vista que os novos acontecimentos carecem de igual valoração e tutela pelo ordenamento jurídico.

A par disso, a pesquisa propõe uma releitura do conceito de “relação jurídica”, de “situação jurídica” e de “negócio jurídico”, demonstrando que, diante dessas novas ocorrências que instigam a ordem legal vigente, não abarcadas pelo direito objetivo e, logo, ausente o direito subjetivo respectivo, não há como negar a existência de interesses jurídicos relevantes. Estes, inclusive, encontram-se em um patamar equitativo, diverso da ideia “direito e dever”, carecendo de critérios de seleção.

Na seara da pós-modernidade, há a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o que gera implicações para a esfera negocial. É preciso, pois, formular uma crítica à definição de negócio jurídico, a fim de abarcar as

atuais práticas realizadas decorrentes dos avanços da tecnologia, principalmente no que diz respeito aos chamados negócios jurídicos existenciais.

Finalmente, tendo em vista a dificuldade de enquadrar legalmente e doutrinariamente as novas manifestações de vontade que emergem entre os sujeitos no tempo presente, será proposta uma atual concepção do negócio jurídico, sob o paradigma contemporâneo, para que a tutela negocial logre êxito e avance no sentido de efetivar direitos fundamentais mínimos para a existencialidade humana.

1. Noções de teoria geral

1.1. Do direito objetivo ao direito subjetivo

A sociedade contemporânea é caracterizada por uma infinidade de novos acontecimentos, que consistem em fatos desencadeadores de consequências jurídicas, mas que, por ausência de direito objetivo – de comando emanado da norma – impossibilitam a existência de um direito subjetivo, constituindo-se em fatos desprovidos de normatização jurídica.

Afirma-se que direito objetivo é sempre um conjunto de normas impostas ao comportamento humano, autorizando o indivíduo a fazer ou não fazer algo. Por estar fora do homem, o direito objetivo indica-lhe um o caminho a seguir, prescrevendo medidas repressivas em caso de violação de normas. O direito subjetivo, por seu turno, é sempre a permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo. Um não pode existir sem o outro.¹ Comumente se apresentam duas espécies de direito subjetivo: a) a comum da existência, que é a permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não ter alguma coisa, sem violação de preceito normativo, como por exemplo, o direito de ter um nome, um domicílio, de ir e vir, de casar, trabalhar, alienar bens, etc.; e b) o de defender direitos ou proteger o direito comum da existência, ou seja, a autorização para assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma poderá resistir contra a ilegalidade, fazer cessar o ato ilícito e pleitear a reparação pelo dano. Essas autorizações são permissões concedidas pelas normas jurídicas.²

¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 247.

Realçando, pois, o direito subjetivo, Caio Mário da Silva Pereira explica que o termo significa um poder do seu titular, a ideia de um dever a ser prestado por outra pessoa. Em outras palavras, quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado, como nos direitos reais, participa de uma relação jurídica, que se constrói com um sentimento de bilateralidade, suscetível de expressão na fórmula poder-dever: poder do titular do direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito. Outrossim, o autor observa acerca dos direitos potestativos, os quais o ordenamento reconhece o poder-sujeição: poder do titular do direito de um lado, sujeição de alguém para com o exercício do direito de outrem. Esta situação diferencia-se da anterior por não haver nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, ou seja, não há dever, apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito. O direito subjetivo se decompõe em três elementos fundamentais: o sujeito, que tem o poder de exigir, na medida em que toda vontade pressupõe um agente; o objeto, que, enquanto bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce o poder assegurado pela ordem legal, traduz a satisfação desse poder; e a relação ou vínculo jurídico, que é o meio técnico de que se vale a ordem legal para a integração efetiva do poder da vontade, ou seja, é o meio de realização do direito subjetivo.³

Indaga-se, neste ponto, se a pessoa poderia ser o objeto do direito subjetivo. Em outras palavras, se ela teria poder jurídico sobre outra pessoa, ou sobre o próprio corpo. A esse respeito, o autor considera:

Entendemos que o poder do indivíduo sobre si mesmo se exprime nos direitos inerentes à própria personalidade, direito à vida, à honra, ao respeito, à integridade física e moral, ao nome, etc., direitos que se projetam sobre as manifestações desta personalidade, como o trabalho físico ou mental. O direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, mas só pode ser exercido no limite da manutenção da sua integridade.⁴

Conforme será exposto no decorrer do estudo, o debate ganha novos contornos quando se trata da contemporaneidade, onde o fenômeno jurídico perpassa pelo avanço científico e exige modificações nos institutos do direito. Assim, feitas as considerações acerca do direito subjetivo, enquanto responsável pela formação da relação jurídica, necessária a análise das demais figuras do direito privado – as situações jurídicas e os fatos jurídicos, e, por fim, o negócio jurídico –, a fim de compreender a relevância

³ PEREIRA, Caio Maio da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 36-39.

⁴ PEREIRA, Caio Maio da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 43.

desses institutos e a sua atual insuficiência doutrinária diante da falta de um direito subjetivo decorrente da previsão legal (direito objetivo).

1.2. Situações jurídicas, fatos jurídicos e relações jurídicas

De acordo com a análise de Emílio Betti, situações jurídicas são aquelas que se produzem a par de uma causalidade jurídica, produto de uma valoração jurídica realizada pelo homem na medida em que reage sobre a realidade social. Ou seja, constituem respostas que a ordem jurídica concede às diferentes situações de fato, que são configuradas à medida que sobrevêm os fatos jurídicos. Estes, por sua vez, revelam-se como aqueles que o Direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, que correspondam a novas qualificações jurídicas. Em outras palavras, estuda-se um fato que incide sobre uma situação inicial (pré-existente) e a transforma numa situação final (nova), de modo a constituir, modificar ou extinguir poderes e vínculos, ou qualificações e posições jurídicas. Este fenômeno é capaz de constituir uma relação jurídica, ou seja, de fazer nascer uma obrigação entre duas pessoas capazes e cujo objeto seja idôneo.⁵

Frise-se, por oportuno, a distinção retratada por José de Oliveira Ascensão, no sentido de que relação jurídica é uma realidade pré-legal. Ou seja, existem relações jurídicas independentemente de leis que as moldem, necessitando estudá-las, além de outras realidades, como as pessoas, bens e ações. Além disso, o autor observa que nem toda valoração pelo direito origina uma relação jurídica. Há, por sua vez, situações jurídicas, no sentido de situações valoradas pelo direito que não podem reduzir-se à categoria intersubjetiva da relação. Daí porque recorrer-se a um conceito de maior generalidade, consubstanciado na situação jurídica, que, além de abranger a relação jurídica como uma modalidade, exprime simplesmente a resultante de qualquer valoração da realidade pela ordem jurídica.⁶

Francisco Amaral conceitua relação jurídica como o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres, representando uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou situações

⁵ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 15-21.

⁶ ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil, teoria geral: relações e situações jurídicas*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 9-10.

jurídicas.⁷ Observa ainda que a relação jurídica também é concebida por meio de uma perspectiva dinâmica, considerando-a, principalmente no que tange ao direito das obrigações, como um todo unitário e orgânico que se apresenta como um processo em andamento, um conjunto de direitos e deveres que existe e se desenvolve em face de um determinado objetivo.⁸

Assim, possível visualizar o negócio jurídico sob três reproduções: enquanto situação jurídica, visto que externalizada na realidade social e passível de valoração pelo ordenamento; enquanto fato jurídico, por apresentar-se relevante ao ordenamento e propor-se a constituir, modificar ou extinguir vínculos; e, como relação jurídica, visto que fundamenta-se na manifestação de vontade das partes, isto é, dos sujeitos.

Contudo, abordando-se o negócio jurídico em si e de acordo com a demanda temporal da sociedade, verifica-se que as transformações das relações sociais não são totalmente comportadas pelo instituto. Por essa razão, outras figuras mais amplas do direito privado, como os fatos jurídicos, relações jurídicas e, sobretudo, as situações jurídicas, ganham importância, haja vista a necessidade enquadramento e tutela pela ordem jurídica dos novos fenômenos da realidade social, conforme será abordado.

1.3. O negócio jurídico

Negócio jurídico é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, seus interesses nas relações com os outros. Constitui um ato de autonomia privada ao qual o direito liga os efeitos conforme a função econômico-social que lhe caracteriza o tipo. Em que pese a definição doutrinária comumente formulada, no sentido de que o negócio é uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, há quem afirme tratar-se de uma qualificação formal, frágil e incolor, inspirada apenas no dogma da vontade e que não apreende a essência, que se encontra na autonomia e na autorregulação de interesses nas relações privadas como fato social. Através do negócio, o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para os outros, o objeto do seu querer.⁹

Antônio Junqueira de Azevedo visualiza o negócio jurídico sob duas estruturas: como categoria (fato jurídico abstrato); e como fato (fato jurídico concreto). Como categoria,

⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159.

⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 168.

⁹ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, cit., p. 107-113.

revela-se na hipótese de fato jurídico que consiste em uma manifestação de vontade envolvida por certas circunstâncias que fazem com que socialmente seja dirigida à produção de efeitos jurídicos. Desta forma, o negócio jurídico é visto, pois, como declaração de vontade, onde a vida social atribui efeitos manifestados como queridos, isto é, efeitos constitutivos de direito. Por outro lado, sob o prisma concreto, o negócio jurídico corresponde, também em uma declaração de vontade, porém como sendo aquela a quem o ordenamento jurídico confere os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica.¹⁰

Na vigência do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda destacava que o conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico. Naturalmente, para tal poder fático de escolha supõe-se certo autogerenciamento de vontade, a “autonomia da vontade”, pela qual o agente determina as relações jurídicas em que há de figurar como termo.¹¹

De acordo com Francisco Amaral, a formulação do conceito pelo Código Civil de 2002 parte de dois elementos:

a) uma vontade particular dirigida à produção de determinados efeitos, com o que as pessoas regulam os seus interesses; e b) o reconhecimento, pelo sistema legal, do poder de os particulares regularem assim os seus interesses (autonomia privada). Este princípio, embora fundamental nos sistemas de direito privado de natureza liberal, não está expressamente previsto no direito civil brasileiro, salvo no seu pressuposto constitucional, que é a liberdade de iniciativa econômica (CF, art. 1º, IV). De qualquer modo, o negócio jurídico é meio de realização da autonomia privada, e o contrato o seu símbolo.¹²

O conceito de negócio jurídico sofreu certas modificações em vários aspectos, desde a letra da norma positivada aos princípios que regem o campo do direito privado, sobretudo na seara contratual. No decorrer da pesquisa propõe-se a reformulação do seu conceito na era atual, denominada pós-modernidade (ou contemporaneidade), em

¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 19-20.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. atual. por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. t. III, p. 16.

¹² AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 372.

que o desenvolvimento científico-tecnológico em escala global influi na aplicação do direito.

2. Crítica às concepções clássica e moderna e a elevação da dignidade da pessoa humana: o negócio jurídico existencial

A releitura dos institutos jurídicos se justifica ao longo das transformações pelas quais a sociedade passa. E a isso o Direito Civil também não se desobriga, basta que se observe sua evolução, caminhando da tradição patrimonialista, proclamada no Código Civil de 1916, com a prevalência da visão individual do direito e o prestígio quase que irrestrito à força obrigatória dos contratos, em direção à moderna dogmática civilista, que, além de abarcar relações essencialmente patrimoniais, preocupa-se também com os aspectos sociais contidos nas relações privadas, sobretudo aqueles de natureza existencial. Tanto a Constituição de 1988 quanto o Código Civil de 2002 manifestam a repersonalização e o funcionamento dos institutos privados, o que significa, em síntese, colocar a pessoa, em seu modo concreto, no centro das preocupações do ordenamento jurídico.

O individualismo correlacionado ao patrimônio deixa de ser a única matéria prioritária desse ramo do direito, vez que a supremacia da nova ordem constitucional altera o eixo de equilíbrio das relações por ele reguladas, impondo uma visão social, e abandono da visão orientada a privilegiar a individualidade patrimonialista, com o intuito de preservar e de promover a dignidade da pessoa humana.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, unânime é a afirmação sobre a dificuldade de uma conceituação, bem como de levantar qual seria o conteúdo e consequente meio de concretização do que seja dignidade humana. Alguns, como Maria Celina Bodin de Moraes, Ingo Wolfgang Sarlet e Luis Roberto Barroso, exploram a temática construindo dimensões em que a dignidade da pessoa humana se manifesta e procuram delimitar seus conteúdos mínimos e universais, convergindo em alguns elementos como: liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica, abarcando as ideias de autonomia da vontade/privada (ou autodeterminação), reconhecimento dos pares, necessidade de respeito à essa autodeterminação do indivíduo pela sociedade e pelo Estado, tanto de forma negativa (não interferência) quanto de forma positiva (prestacional).

Os direitos fundamentais significam, de alguma forma, manifestações do exercício e da realização do princípio da dignidade da pessoa humana. E, sob a ótica de tal princípio, sempre se poderá verificar a existência de novos direitos, ainda não expressos na Constituição ou nos demais diplomas legais existentes no ordenamento jurídico. Isto ocorrerá a cada vez que se constatar que o atendimento de alguma demanda seja primordial para garantir vida digna a alguém.¹³

Observa-se, então, a preocupação com o indivíduo, com as questões pertinentes ao seu ser, à sua existência. Volta-se a atenção à autonomia desse indivíduo, autor de seus próprios destinos, em razão do exercício de sua dignidade. Aliás, é a autonomia – a liberdade –, que renasce com a consagração da dignidade da pessoa humana, realocando o homem no centro do ordenamento, mas, agora, em razão de sua existência e não de seu patrimônio¹⁴. Essa liberdade está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que é pontuada como um de seus elementos conceituais ou como uma das dimensões nas quais é manifestada.

Como se pode observar, a individualidade aqui é tratada em dois aspectos: sendo uma pautada em questões patrimoniais; e a individualidade decorrente da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, canalizando a atenção aos aspectos individuais existenciais que dela derivam.

Note-se que se está diante de um suposto paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que a constitucionalização do Direito Civil aniquila o individualismo inserido no Código Civil, coloca o homem no centro de suas atenções. Ocorre que resgatar o homem (antropocentrismo) não se identifica com a renovação daqueles valores egoísticos contidos no Código Civil, ou seja, não é o homem econômico que figura no vértice constitucional, em que pese ser este também tutelado pela Carta, todavia de forma casual, mas sim, o homem existencial, recepcionada a relação jurídica desde que tais experiências individuais tenham uma projeção útil (existencial) para o titular em si e para o coletivo.¹⁵

¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 89.

¹⁴ Sobre essa autonomia do indivíduo: “[...] conceder liberdade de escolha, livre arbítrio ao ser humano, já que a razão marca sua existência, e a dignidade, afirmada historicamente e construída jurídica e filosoficamente, exige de todos o respeito, e o protege, em suas experiências vivenciais e /ou existenciais mais íntimas, do autoritarismo moral, da ingerência desmedida do Estado, das imposições religiosas, enfim, permite ao ser afirmar-se livre, pensante, existente, e sobretudo, humano” (In: AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa. (Org.). *Direito Civil. Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 200).

¹⁵ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 244.

Ao se considerar os valores do indivíduo, abriu-se espaço para que o ordenamento jurídico cuidasse de proteger, também, as liberdades individuais. Vale dizer: a individualidade e a autonomia privada estão recepcionadas e consagradas pela Constituição de 1988 sempre que for instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana e de exercício de direitos fundamentais.

Dentre esses direitos, aqueles que se referem à personalidade, e que envolvem os direitos existenciais – o direito de escolher os destinos da própria existência¹⁶ – são, como mencionado, direitos subjetivos, compreendidos como “(...) o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para realização de um interesse do próprio sujeito”.¹⁷

Entretanto, é possível observar que a autodeterminação dos indivíduos e a satisfação de suas necessidades individuais, que representam o resguardo de uma das dimensões de sua dignidade e significam, por fim, a própria realização do indivíduo como ser humano, podem não se bastar apenas nos direitos subjetivos de que eles são titulares.¹⁸ É o que expõe Maria Celina Bodin de Moraes:

Todavia, insta ressaltar que não se pode falar apenas na realização da personalidade através de direitos subjetivos, mesmo que atípicos, pois a personalidade pode-se realizar por uma pluralidade de situações jurídicas existenciais que devem estar abarcadas na tutela geral, considerando que a pessoa humana não se realiza apenas através do direito subjetivo.¹⁹

Neste sentido, as pessoas são direcionadas a elegerem caminhos diferentes, linhas individuais, a fim de exercerem a autodeterminação, peregrinando sobre os trilhos que escolherem para sua existência. Contudo, observa-se que as relações jurídicas cujos sujeitos são titulares de um direito subjetivo torna-se insuficiente para compreender as relações que gravitam em torno de centro de interesses em um mesmo patamar, e não mais de direitos subjetivos, na tradicional relação “direito e dever”.

Com o advento da tecnologia, principalmente da biotecnologia, que envolve direitos existenciais, surgiram novas modalidades negociais que não dispõem de dispositivo legal (direito objetivo). A dependência do direito subjetivo à previsão normativa contribui para que novas situações fáticas não encontrem correspondência legal. Os

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Orgs.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008, p. 37-38.

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120.

¹⁸ CASABANA, Carlos María Romeo; QUEIROZ; Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 293.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 112.

fatos exibem sua força transformadora e potencial efeito jurídico sem que o direito objetivo-positivo tenha lançado mão do seu poder regulamentador.²⁰

Logo, a teoria da subsunção do fato à norma demonstra-se insuficiente para solucionar questões que não envolvam direitos subjetivos, e sim situações jurídicas subjetivas, principalmente aquelas de cunho existencial, devendo, também, suportar por parte dos aplicadores do Direito uma releitura, pois, nem sempre as decisões poderão ser pautadas com base nessa teoria, como pontua Robert Alexy:

Há casos em que a decisão de um caso isolado não segue logicamente quer de afirmações empíricas tomadas junto com normas pressupostas ou proposições estritamente fundamentadas de algum sistema de raciocínio (juntamente com proposições empíricas), nem pode essa decisão ser totalmente justificada com a ajuda das regras de metodologia jurídica; nesses casos deve-se concluir que quem decide tem de ser discreto, na medida em que o caso não seja completamente regido por normas jurídicas, regras do método jurídico e doutrinas de dogmática jurídica. Então ele pode escolher entre várias soluções.²¹

Daí surge a questão sobre o que fazer com esses fatos relevantes para o mundo jurídico que não são direitos subjetivos passíveis de tutela porque ainda não disciplinados pela norma jurídica. Ignorá-los não é a solução. Os fatos estão acontecendo. Inegavelmente possuem relevância jurídica, pois geram efeitos jurídicos. Como tratá-los juridicamente sem a força normativa e como selecioná-los em eventual conflito?

Não poderá o juiz abster-se de conceder a tutela jurisdicional àquele que demande resposta a um litígio que envolva interesses juridicamente relevantes que não possuem norma jurídica correspondente, vez que não se devem encobrir os olhos para tais situações, ainda que desabrigadas pela lei, até mesmo porque “(...) não se pode esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse”.²²

Muitas relações privadas, atuais, não se enquadram no conceito de negócio jurídico tradicional, vez que não possuem os seus elementos formadores: sujeitos titulares de um direito subjetivo (que decorre de um direito objetivo, ou seja, da atuação normativa que selecionou o fato e o transformou em fato jurídico), que se ligam em razão de uma

²⁰ PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 186.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 17-19.

²² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 156-157.

sujeição de um deles ao direito subjetivo do outro, nem um objeto de cunho patrimonial.

Há um novo modelo no qual os sujeitos nela envolvidos não são titulares de um direito subjetivo, mas sim de interesses juridicamente relevantes para o Direito e seu objeto deixa de ser exclusivamente patrimonial, passando para a seara existencial. Ou seja, a relação jurídica dá lugar a situações jurídicas subjetivas existenciais formadoras de centros de interesses relevantes²³, que também devem ser tutelados e selecionados, ainda que ausente legislação prévia.

Dessa proliferação de interesses, surge a dificuldade de selecionar quais deles são ou não merecedores de tutela jurisdicional, quando colidirem entre si. Anderson Schreiber cuida desse problema, apontando critérios para que essa escolha, em concreto, seja razoável: a técnica da ponderação, sendo abordada em diversas vertentes (ponderação na colisão de princípios constitucionais; ponderação e sua autonomia em relação aos princípios constitucionais; ponderação como recurso indireto: o controle de validade e adequação das regras de prevalência, o método de aferição do dano, a visão crítica da máxima proporcionalidade à luz do direito civil e termina avocando à dignidade humana e à questão da prevalência dos interesses existenciais, como critério lógico para a seleção dos interesses merecedores de tutela.²⁴

Dentre os critérios delineados pelo autor, destaca-se pela relevância a utilização da técnica da ponderação e sua autonomia em relação aos princípios constitucionais para a seleção dos interesses merecedores de tutela, pois, as inúmeras situações fáticas juridicamente relevantes que advêm dos avanços tecnológicos e das transformações, cada vez mais rápidas, por que passam as sociedades, representam um desafio à técnica legislativa, que, por óbvio, tem limitações de ordem prática para disciplinar campos tão amplos quanto dinâmicos. Isso desponta a aplicação de normas de conteúdo genérico e abstrato, sob a influência da técnica da ponderação. Nesse contexto, normas constitucionais e de cláusulas gerais são aplicadas às relações de direito privado, submetendo os interesses particulares a normas de conteúdo aberto.²⁵

²³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 107-108.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 145-180.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. cit., p. 151.

Contudo, segundo o jurista, impõe-se uma visão crítica da máxima proporcionalidade à luz do direito civil, pois, a utilidade técnica como princípio de ponderação só se verifica quando se trata da proporcionalidade em seu sentido absolutamente estrito. Já em relação à adequação e à necessidade, seu controle já é exercido, no Direito Civil, por outros institutos desde longa data consagrados, tais como o abuso de direito e a boa-fé objetiva. Sob a direção desses institutos, promove-se, satisfatoriamente, a conjugação entre meio e fim de cada situação jurídica. Desnecessário, portanto, que se persiga semelhante efeito por intermédio da proporcionalidade.²⁶

O último critério exposto pela doutrina trata-se da utilização do princípio da dignidade humana como um vetor para a atividade de ponderação dos interesses conflitantes, afirmando pela prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais²⁷, vez que a dignidade da pessoa humana não é ponderável com os demais princípios fundamentais.²⁸

Nesse ambiente pós-moderno, em que transitam interesses existenciais de igual relevância, encontra-se o negócio jurídico existencial, cuja relação jurídica é formada por situações subjetivas existenciais e “(...) a tutela da pessoa passa a ser realizada, em especial, por meio de proteção de seu centro de interesses”.²⁹ Contudo, sem a regulamentação normativa existente nas relações jurídicas clássicas, que funciona, sobretudo, como limitador às negociações, nasce a dificuldade de como tutelar essas relações existenciais, bem como mensurar a intervenção do Estado e de particulares nos interesses existenciais do indivíduo.

A resposta é a autodeterminação³⁰. A proteção objetiva de situações jurídicas existenciais, portanto, se opera por meio da liberdade do indivíduo considerar sua

²⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 170-177.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 180.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010, p. 14.

²⁹ PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*, cit., p. 192.

³⁰ A fim de ambientar a respeito da expressão autodeterminação, convém realizar breve panorama da liberdade ou da autonomia dos indivíduos nas relações sociais por eles realizadas ao longo das transformações. Surge, em um primeiro momento, a chamada autonomia da vontade, livre e ilimitada, pela qual os indivíduos participantes da relação jurídica poderiam atuar como bem lhes satisfizessem, coadunando perfeitamente com a atitude do Estado adotante, nesse momento, do modelo liberal. Não sem motivos, verificou-se que a atuação reduzida do Estado nas relações sociais acarretou situações indesejadas, principalmente em razão da disparidade existente entre os participantes dessas relações, como o caso do consumidor. O cenário se altera com a adoção do modelo do bem-estar social e, correlato a isso, transforma-se também a noção de autonomia. Tem-se, então, a autonomia privada para as relações patrimoniais, encontrando limitações em normas de ordem pública e princípios gerais norteadores do direito. Tais ponderações bastariam se no ambiente contemporâneo discutissem-se apenas relações patrimoniais, o que não é verdade. Com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como

existência. O livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação, a possibilidade para a criação, modificação ou extinção de situações no campo da subjetividade, tudo isso se vale da autonomia privada para ganhar corpo no mundo jurídico.³¹

Novos interesses surgiram com graus diversos de importância, sendo necessária a utilização dos critérios expostos anteriormente, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, como norte para seleção daqueles de maior relevância. O princípio da dignidade da pessoa humana é marco inicial e final para o exame dos negócios jurídicos existenciais no ambiente pós-moderno: inicial, pois é fundamento para a gênese de diversos interesses existenciais que devem ser protegidos pelo Poder Judiciário em caso de violação; e final, em virtude de ser utilizado como último critério para o apontamento de sua relevância jurídica e, conseqüentemente, como merecedor de tutela.

3. A autonomia privada existencial: a autodeterminação e a tentativa de uma concepção contemporânea de negócio jurídico

Para que o negócio jurídico seja considerado válido e gerar efeitos na realidade social, deve obedecer determinados requisitos. Todavia, o progresso científico tem levado a uma incerteza dessa afirmação e, como consequência, ocasionando diversas controvérsias jurídicas, características do paradigma contratual contemporâneo.

Maria Celina Bodin de Moraes aponta três circunstâncias que geraram a referida incerteza e insegurança jurídica. A primeira advém da constatação quanto à impossibilidade de se dominar os efeitos da tecnologia. A ciência é incapaz de limitar-se a si mesma, de forma que as novas questões, surgidas como consequência das manipulações genéticas, da reprodução assistida, da energia nuclear, das agressões ao meio ambiente, e o desenvolvimento da cibernética, configuram “situações-problema”. A segunda é a “explosão da ignorância” devida à monumental disponibilidade de

fundamento da República, como já mencionado, que tem como uma das dimensões das quais se manifesta a liberdade individual, nascem diversos interesses pelos quais os indivíduos decidem exercer sua dignidade, principalmente quando observadas questões existenciais. Para essas relações, cujo objeto é a própria existência do indivíduo, a autonomia privada não é suficiente, pois, a existência do indivíduo não pode encontrar limitações pelo Estado, nem por terceiros. Retoma-se a preocupação com a autonomia, batizada para as questões existenciais como autodeterminação do próprio indivíduo, operador de sua existência.

³¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 60.

informações forjadas em ambiente virtual, numa espécie de biblioteca universal³², de forma que não há tempo hábil para transformar a enorme massa de dados que já se encontram à disposição em conhecimento e, portanto, em informações passíveis de dominação ou de certeza. A terceira refere-se ao fato de que a acumulação de tão profundos conhecimentos não aumentou sua sabedoria do mundo, ou a sabedoria da pessoa em relação a si própria, aos demais, à natureza. A vocação técnica do conhecimento científico, se por um lado, garantiu a sobrevivência do ser humano em níveis nunca antes alcançados, por outro, gerou cada vez menos espaço para a divisão entre ciência, como pura produção de conhecimentos, e técnica, como aplicação desses conhecimentos, ou seja, fez com que a busca do conhecimento fosse substituída pela busca de poder.³³

A denominada pós-modernidade é caracterizada pelas inovações científicas, notadamente pelo avanço da engenharia genética e da informática, que desafiam a dogmática – seja o Código Civil, as legislações esparsas (a exemplo, o Código de Defesa do Consumidor), ou até mesmo a Constituição – de forma que a releitura dos institutos é ainda necessária frente aos novos acontecimentos da realidade social. Sobretudo da noção de autonomia privada e do negócio jurídico, dado que o contrato é o principal instrumento sobre a qual recai essas transformações. Acerca do tema, Teresa Negreiros reflete:

A ausência de uma teoria geral que tome em conta a nova realidade, em todos os seus aspectos, não tem, entretanto, impedido que se proceda à caracterização e ao amparo jurídico das novas situações e se crie um regulamento que, embora de forma casuística, procure satisfazer as novas necessidades e, sobretudo, moderar as concepções individualistas e voluntaristas que eram dominantes ao tempo das primeiras codificações.³⁴

³² Sobre a questão, Umberto Eco compreende que a internet é perigosa para o ignorante porque não filtra nada para ele. Ela só é boa para quem já conhece e sabe onde está o conhecimento. A longo prazo, o resultado pedagógico será dramático, havendo multidões de ignorantes usando a internet para as mais variadas bobagens: jogos, bate-papos e busca de notícias irrelevantes. O escritor italiano defende, inclusive, pela criação de uma teoria da filtragem. Uma disciplina prática, baseada na experimentação cotidiana com a internet, deixando como uma sugestão para as universidades: elaborar uma teoria e uma ferramenta de filtragem que funcionem para o bem do conhecimento (In: ECO, Umberto. O excesso de informação provoca amnésia. *Revista Época*. 30 dez. 2011. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/ideias/noticia/2011/12/umberto-eco-o-excesso-de-informacao-provoca-amnesia.html>>. Acesso em: 08 ago. 2015).

³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 60-63.

³⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 422.

A evolução dinâmica dos fatos sociais acarreta a dificuldade de se estabelecer uma disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que o indivíduo possa titularizar. Afirma-se a necessidade de rejeição de concepções que pretendem selecionar os interesses merecedores de tutela com base em prévia especificação legislativa, seja em forma de direito subjetivo, seja por meio de qualquer outra categoria inflexível. A própria proliferação de novos interesses e de novas situações lesivas a que tem dado margem a evolução tecnológica e científica favorece uma solução que independa da prévia atuação do legislador, concedendo ao Poder Judiciário o papel primordial na proteção da pessoa humana.³⁵

Como exposto, é iminente a dificuldade de enquadrar determinadas relações ao conceito clássico de negócio jurídico. A título exemplificativo ilustra-se as categorias tais como: a) o contrato de adesão em que inexistente a possibilidade de negociar, precisamente, de modificar o conteúdo contratual, inibindo-se vontade real do contratante³⁶; b) o testamento vital, cujo objeto consiste em dispor sobre os procedimentos que a pessoa deseja ou não ser submetida quando portadora de uma doença ameaçadora da vida³⁷; c) a circulação contratual de embriões e células tronco, com intuito de reprodução e regeneração humana, onde os interessados definem antecipadamente as características e o destino do nascituro, entre outras peculiaridades da biotecnologia atinentes à existência humana³⁸; ou ainda, d) os contratos eletrônicos, onde o meio virtual permite que uma criança adquira produtos e se utilize de redes sociais, ou então, possibilita a interação negocial com uma ferramenta tecnológica que detém inteligência tal como se humano fosse³⁹.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 123.

³⁶ “[...] mesmo diante de toda intervenção estatal e da conseqüente busca de adequação do contrato aos interesses sociais, com o intuito de alcançar a função social, a igualdade substancial das partes e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, o contrato de adesão continua em desarmonia com os fundamentos da teoria contratual contemporânea. Além disso, a regulamentação advinda com o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil é tímida e insuficiente, levando-se em conta a ampla utilização dos contratos de adesão” (In: AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. *Contratos de adesão na teoria contratual contemporânea*. *Revista do Direito Privado da UEL*, Londrina, v. 3, n. 1, jan./abr. 2010, p. 9).

³⁷ “[...] esse instrumento de vontade, válido em muitos países ao redor do globo, é batizado em sua origem norte-americana como sendo *living will*, testamento vital entre os nacionais. A adoção em terras brasileiras, entretanto, encontra impasses na interpretação que se dá ao direito à vida e aos limites da disposição da própria vontade” (In: AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. *Entre autonomia provada e dignidade*, cit., p. 180).

³⁸ “[...] têm também grande importância as intervenções ou manifestações destinadas a alterar-lhes as condições normais da existência. Essas intervenções compreendem as práticas científicas próprias da chamada engenharia genética, *lato sensu*, as ações sobre o DNA humano (análise molecular do genoma humano e a utilização dos genes humanos), as ações sobre células humanas ou sobre embriões (processo de fecundação *in vitro* e congelamento, manipulação e experimentação), e ações sobre os indivíduos (a transferência de genes, transplante de órgãos humanos, a reprodução assistida, a esterilização e controle da natalidade, e ainda a eutanásia, os tratamentos médicos e a proibição ou recusa de transfusão de sangue por motivo religioso, caso em que o direito à vida deve ser prioritário)” (In: AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 315).

³⁹ Sobre a inteligência artificial, Aires José Rover (2001, p. 62) explica que um agente inteligente (entidade integrada que envolve um sistema de computador e seus usuários) deve ser capaz de realizar uma série de

Todos esses novos acontecimentos não preenchem os requisitos do conceito de negócio jurídico. Ao contrário, depreende-se que os requisitos objetivos, subjetivos e formais do instituto⁴⁰ tornam-se incompatíveis à realidade subjacente. Isso, pois, hodiernamente a dignidade da pessoa humana é cada vez mais elevada, o que resulta em assegurar ao homem os chamados direitos da personalidade, como a liberdade intelectual, a liberdade de expressão, a liberdade quanto à disposição do corpo, entre outras garantias asseguradas pela Constituição de 1988, mormente o incentivo à pesquisa científica-tecnológica⁴¹. Daí porque a liberdade perpassou a ideia de autonomia da vontade e autonomia privada, concebendo-se hoje, a ideia de autodeterminação, como reflexo de uma autonomia privada voltada ao poder decisório do homem quanto às condições de sua própria existência. Diz-se que

Autodeterminação representa a capacidade de regulamentar o indivíduo um campo particular e tão íntimo que não se pode cogitar da interferência estatal a impor limitações, mormente por referir-se somente ao indivíduo e não a terceiros, posto que reconhecido hoje o pluralismo dos estilos 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.⁴²

É por essas razões que a visão clássica de negócio jurídico encontra-se superada, visto que a liberdade atualmente nas relações negociais está se firmando cada vez mais – a liberdade científica no campo da genética incita o nascimento e morte humana, surgindo anseios humanos de alterá-los quanto à sua forma natural de acontecer; a liberdade de expressão nas redes sociais dispostas no ambiente eletrônico impera quanto à escolha de ideologias sociais e políticas; a liberdade negocial também está

ações: 1) Autonomia: O agente opera sem a intervenção direta do usuário ou de outros agentes, e tem algum tipo de controle sobre as suas ações e sobre o seu estado interno; 2) Habilidade social: O agente interage com outros agentes através de algum tipo de linguagem de comunicação; 3) Reatividade: O agente percebe o ambiente ao seu redor e responde oportunamente às mudanças que acontecem; 4) Proatividade: O agente não só age em resposta ao ambiente mas toma a iniciativa tendo em vista um objetivo (In: ROVER, Aires José. *Informática no direito: inteligência artificial*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 62).

⁴⁰ Os requisitos objetivos do negócio jurídico dizem respeito ao agente, que deverá ser capaz; e ao objeto, que deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável (art. 104, I e II, CC). Os requisitos subjetivos referem-se à vontade das partes em celebrar o negócio jurídico. O consentimento deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude (arts. 135 a 165, CC). Os requisitos formais reportam ao meio de revelação dessa vontade, a qual deve ser prescrita ou não defesa em lei (art. 104, II, CC), não dependendo de forma especial (art. 107, CC).

⁴¹ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

⁴² AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia provada e dignidade, cit., p. 202.

presente na esfera processual, através dos chamados negócios jurídicos processuais previstos no Novo Código de Processo Civil⁴³ – o que resulta, por isso, na necessidade de uma nova concepção, uma nova teoria que doravante enfoque a própria existencialidade, ou ainda, a própria essencialidade humana. No entanto, Pietro Perlingieri observa:

Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos “interesses da personalidade do direito privado”; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça.⁴⁴

Em análise ao modelo liberal e intervencionista, sugere-se um modelo de contrato intermediário, no qual a intervenção do Estado existe e é legítima, mas desde que tenha por finalidade assegurar a satisfação de necessidades básicas dos contratantes – daí a ideia de essencialidade – tendo em vista a sociedade pluralista atual. O modelo intermediário não seria excludente, resultando em uma intervenção nos contratos de forma gradual em função da identificação das necessidades humanas.⁴⁵

Paulo Nalin, por seu turno, elabora uma proposição inicial, sendo o contrato interprivado uma 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. Ou seja, o contrato, hoje, segundo o autor, consiste em uma relação complexa solidária. Esse é o axioma proposto, a partir do qual todos os contratos, no campo de suas particularidades, devem guardar sintonia.⁴⁶

Desse modo, entende-se que a construção do conceito atual de negócio jurídico, ao lado da teoria geral, deve, primeiramente, encontrar um equilíbrio entre a livre atividade econômica e a intervenção estatal no sentido de proteção da parte vulnerável na relação – desde que identificada, efetivamente, a vulnerabilidade, de acordo com a

⁴³ Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery afirmam que a finalidade dos negócios jurídicos processuais é abrir espaço à participação das partes na construção do procedimento, tornando-o mais democrático (In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 701).

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 34.

⁴⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 417-418.

⁴⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato*, cit., p. 253.

essencialidade do seu objeto. Além disso, essa estruturação deve perceber que o contrato realizado, ainda que antagônico aos seus pressupostos e requisitos positivados, produz efeitos jurídicos conforme os desejados pelas partes, correspondendo aos seus reais interesses, razão pela qual seria inexequível pretender a nulidade ou a anulabilidade dessas relações negociais. E, finalmente, uma concepção precisa deve tomar como base a dignidade da pessoa humana, a ponto que os planos de existência, validade e eficácia se moldem a este valor, relativizando as imposições da norma jurídica a fim de esse princípio maior seja concretizado.

Conclusões

Com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, surgiram novos anseios personalíssimos a serem resguardados pelo Direito. Em decorrência disso, o negócio jurídico clássico, formado por sujeitos titulares de direitos subjetivos e por objetos respaldados na ordem legal, demonstrou-se insuficiente para satisfazer as novas demandas, notadamente àquelas de cunho existencial, pelas quais o indivíduo, pautado em seu próprio interesse e em sua capacidade de autodeterminação, exerce o direito à sua existência.

Esses acontecimentos, fatos não normatizados, criam situações jurídicas, ou seja, centros de interesses de igual relevância que merecem a tutela jurídica, principalmente em se tratando de situações jurídicas existenciais, característica da contemporaneidade. Esses fatos não geram direitos, mas interesses não abarcados pelas normas do Direito Privado, razão pela qual há a necessidade de uma reconstrução de conceitos, que atenda o respeito à individualidade, à identidade e à alteridade da pessoa humana, dentro do exercício de autonomia privada existencial.

Assim, verificou-se a insuficiência na utilização da teoria da subsunção do fato à norma para a tutela desses novos interesses, que nem sempre possuíam correspondência normativa. Diante desse panorama, ou seja, com a proliferação de interesses surgidos em razão da elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como máxima do ordenamento jurídico, também se demonstrou como necessária a seleção de quais interesses são realmente relevantes e, portanto, merecedores de tutela.

A técnica da ponderação, amplamente utilizada no Direito Constitucional nos casos em que houvesse a colisão de princípios, demonstrou-se para o Direito Civil como solução adequada para o problema, devendo ser ponderados o interesse chamado de lesivo,

aquele que vai a desencontre ao interesse lesado, e o interesse lesado, solicitante de tutela pelo Poder Judiciário, sendo certo, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado como vetor para a seleção dos interesses juridicamente relevantes.

Os negócios jurídicos contemporâneos, notadamente aqueles que envolvem direitos da personalidade – a exemplo, àquelas relacionadas a biotecnologia, no tocante à disposição de embriões e células tronco, procedimentos de inseminação e fertilização *in vitro*, a ortotanásia (analisada sob a figura do testamento vital); ou ainda, àquelas pertinentes ao campo da informática, representada pela figura da internet, que traduz uma proliferação de contratos que transcendem as possibilidades legais –; resulta em uma dificuldade da própria definição teórica de negócio jurídico.

A readaptação do instituto se faz necessária, sobretudo dos requisitos do negócio jurídico válido frente ao atual cenário da sociedade do conhecimento, em que autodeterminação ultrapassa qualquer barreira legal. Pretender a nulidade desses negócios jurídicos existenciais é inexecuível, razão pela qual compreende-se pela importância de uma readequação do conceito, permitindo-se as novas práticas e assegurando-se a tutela e seleção dos interesses jurídicos relevantes envolvidos.

A proposta de novo conceito de negócio jurídico, portanto, por sua característica complexidade e mutabilidade, consiste em um conjunto de manifestações de vontade, exercidas no âmbito da autodeterminação da pessoa, com vistas a regular livremente direitos e interesses, de natureza patrimonial e existencial, desde que seus efeitos não contrariem a norma jurídica em sentido amplo, como também não violem outros direitos e interesses de igual relevância, obedecidos os critérios de seleção.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. Contratos de adesão na teoria contratual contemporânea. *Revista do Direito Privado da UEL*, Londrina, v. 3, n. 1, jan./abr. 2010.

_____; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia provada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa. (Org.). *Direito Civil. Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 179-207.

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil, teoria geral: relações e situações jurídicas*. Coimbra: Almedina, 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 15 jun. 2016.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CASABANA, Carlos María Romeo; QUEIROZ; Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ECO, Umberto. O excesso de informação provoca amnésia. *Revista Época*. 30 dez. 2011. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/ideias/noticia/2011/12/umberto-eco-o-excesso-de-informacao-provoca-amnesia.html>>. Acesso em: 08 ago. 2015
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. atual. por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. t. III.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- PEREIRA, Caio Maia da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.
- ROVER, Aires José. *Informática no direito: inteligência artificial*. Curitiba: Juruá, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Orgs.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método: 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

civilistica.com

Recebido em: 26.10.2017

Aprovado em:

16.02.2017 (1º parecer)

05.07.2017 (2º parecer)

Como citar: LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Data de acesso.