

KONDER

*C o o r d e n a d o r a s*

*Ana Carolina Brochado Teixeira*

*Renata de Lima Rodrigues*

# Contratos, Família e Sucessões

DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES

*A u t o r e s*

*Alexandre* Miranda Oliveira   *Alice* de Souza Birchall   *Ana Carla* Harmatiuk Matos  
*Ana Carolina* Brochado Teixeira   *Ana Luiza* Maia Nevares   *Anna Cristina* de Carvalho Rettore  
*Bárbara* Dias Duarte de Carvalho   *Beatriz* de Almeida Borges e Silva   *Carlos Nelson* Konder  
*Carolina* de Castro Iannott   *Daniel* Bucar   *Daniele* Chaves Teixeira   *Eduardo* Nunes de Souza  
*Giselda Maria* Fernandes N. Hironaka   *Glísia Maria* Macedo Vilaça   *Jacqueline* Lopes Pereira  
*João Ricardo* Brandão Aguirre   *Joyceane* Bezerra de Menezes   *Laura* Stefanon Fachini  
*Luciana* Fernandes Berlimi   *Maria Célia* Bodin de Moraes   *Maria de Fátima* Freire de Sá  
*Maria Goreth* Macedo Valadares   *Rose* Melo Vencelau Meireles   *Simone* Tassinari Cardoso Fleischmann  
*Sofia* Miranda Rabelo   *Taisa Maria* Macena de Lima   *Thais* Câmara Maia Fernandes Coelho

EDITORA  
**FOCO**

- CRM-GO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE GOIÁS. *Parcer-crconsulta n.º 13/2014*: Processo Consulta n.º 06/2014. Rel. Aldair Novato Silva. 28. jul. 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=49](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=49)>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- CRM-MG. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS GERAIS. *Parcer-crconsulta n.º 5505/2015*. Rel. Giovana Ferreira Zanin Gonçalves. 30 abr. 2015a. Disponível em: <[http://www.portalm medico.org.br/pareceres/CRM/MG/pareceres/2015/5505\\_2015.pdf](http://www.portalm medico.org.br/pareceres/CRM/MG/pareceres/2015/5505_2015.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- CRM-MG. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS GERAIS. *Parcer-crconsulta n.º 5501/2015*. Rel. Cláudia Navarro Carvalho Duarte Lemos. 09. mar. 2015b. Disponível em: <[http://www.portalm medico.org.br/pareceres/CRM/MG/pareceres/2015/5501\\_2015.pdf](http://www.portalm medico.org.br/pareceres/CRM/MG/pareceres/2015/5501_2015.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- CNJ. CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n.º 52, de 14 de março de 2016*, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a-24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 8. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 15, jul-set. 2003, p. 41-71.
- LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 12, p. 37-57, abr./jun. 2017. Disponível em: <[https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/vol12/247668\\_1.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/vol12/247668_1.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- LIMA, Taisa Maria Macena de; Sá, Maria de Fátima Freire de. Gestão de substituição: uma análise a partir do direito contratual. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. *Temas contemporâneos de direito das famílias*. Vol. 3. São Paulo: Pílares, 2018, pp. 461-479.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OTERO, Marcelo Truzzi. Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coords.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 273-294.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RETTORE, Anna Cristina de Carvalho de. *Gestão de substituição no Brasil: a estrutura de um negócio jurídico duplice, existente, válido e eficaz*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2018. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_Rettore-AC\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Rettore-AC_1.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2018.
- STANCIOLO, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- ZAGO, Adriano; CARVALHO, Humberto. Casal não consegue registrar a filha gerada em barriga de aluguel em GO. *G1 Goiás*, 04 set. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2012/09/casal-nao-consegue-registrar-filha-gerada-em-barriga-de-aluguel-em-go.html>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

# SITUAÇÕES JURÍDICAS DÚPLICES: CONTINUANDO O DEBATE CONTROVÉRSIAS SOBRE A NEBULOSA FRONTEIRA ENTRE PATRIMONIALIDADE E EXTRAPATRIMONIALIDADE\*

Ana Carolina Brochado Teixeira

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professora de Direito Civil. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil. Advogada.

Carlos Nelson Konder

Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália)

**Sumário.** 1. Introdução – 2. O conceito de situação jurídica – 3. A classificação das situações jurídicas subjetivas em patrimoniais e existenciais – 4. Situações personalíssimas e disponibilidade de atributos da personalidade: “garoto-propaganda”, cláusula moral, “pessoa pública” e *reality shows* – 5. Situações familiares: pacto antenupcial, alimentos, autoridade parental e curatela – 6. Situações biojurídicas: útero de substituição, inseminação heteróloga com doador anônimo e experimentação com seres humanos – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Há algum tempo, partilha-se, no âmbito das ciências sociais, um receito comum quanto à crescente influência dos princípios da lógica comercial sobre as relações humanas. Neste sentido, por exemplo, Habermas refere-se à “colonização do mundo da vida” pelos imperativos do sistema econômico, e destaca o importante papel do direito em impedir que o dinheiro e o poder invadam a esfera das relações intersubjetivas.<sup>1</sup> Em outra linha, Michael Walzer, ao defender uma justiça de viés plural – que, de acordo com o contexto histórico e cultural, distribua bens sociais diversos (como saúde e dinheiro) com base em lógicas e procedimentos diferentes – afirma que cabe ao direito bloquear certos intercâmbios (*blocked exchanges*), de modo a impedir que a lógica de uma esfera – como a do comércio – passe a guiar

\* A primeira versão desse artigo foi publicada em KONDER, Carlos Nelson de Paula; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas duplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

1. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, especialmente pp. 53-56.

as demais.<sup>2</sup> Enfim, embate-se Noam Chomsky por uma cuidadosa separação entre “o lucro” e “as pessoas”.<sup>3</sup>

Na linha metodológica da “constitucionalização do direito civil”, esta proteção da pessoa humana frente a imperativos mercadológicos é encontrada na positividade constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, que já sob a clássica acepção kantiana, a dignidade é um atributo das pessoas, enquanto o preço é um atributo de coisas.<sup>4</sup> As repercussões atribuídas à positividade da dignidade humana como princípio constitucional são diversas, tais como a proteção não apenas negativa mas promocional do livre desenvolvimento da pessoa, a atribuição de direitos e garantias fundamentais, a garantia de um patrimônio mínimo existencial e a constituição de uma cláusula geral de tutela da personalidade.<sup>5</sup>

De modo geral, como a Constituição Federal elevou a pessoa humana e sua dignidade a fundamento da República, impôs-se uma releitura de todos os institutos tradicionais de direito civil, positivados na legislação ordinária, para que se adêquem à diretriz inovadora e humanista eleita pela Constituição. Este esforço vem sendo identificado como uma “despatrimonialização do direito civil”<sup>6</sup> e tem como consequência necessária que instrumentos jurídicos de cunho patrimonial deverão ser reformulados – ou ao menos reinterpretados – para que se possam aplicar às situações existenciais. Trata-se de um tratamento jurídico diferenciado às situações existenciais em comparação com as situações patrimoniais, como destaca Perlingieri: “Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos ‘interesses da personalidade no direito privado’; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”.<sup>7</sup> Mais do que isso, afirma-se no âmbito da constitucionalização do direito civil verdadeira preeminência, *a priori*, da tutela das situações jurídicas extrapatrimoniais (ou

2. WALZER, Michael. *Esferas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

3. CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas?* São Paulo: Bertrand Brasil, 2008.

4. É o que ressalta MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

5. Sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (org.), *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 1-60; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

6. Na definição de PERLINGIERI, Pietro (*Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33): “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individualiza-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre o personalismo (superção do individualismo) e patrimonialismo (superção da patrimonialidade em si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”.

7. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

existenciais) em comparação com as situações patrimoniais, em virtude da atuação dos princípios constitucionais.<sup>8</sup>

Portanto, a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, transformou a própria lógica de tutela das relações jurídicas. A patrimonialidade que permeava o Código Civil de 1916 tornou-se totalmente insuficiente para as novas demandas sociais. A lógica única e monolítica do sistema que orientava o tratamento de toda e qualquer relação jurídica não mais servia para a pluralidade de centros de interesse, de naturezas diversas. A sociedade é pluralista e os novos fatos sociais, biológicos, tecnológicos passaram a exigir novos tipos de tutela, principalmente da pessoa humana inserida nesses contextos.

O desafio imposto pelas consequências deste processo é duplo. Primeiro, encontrar critérios idôneos a diferenciar situações jurídicas subjetivas patrimoniais e existenciais diante da pluralidade de seus aspectos de análise e dos frequentes casos em que se encontram, simultaneamente, tutelados interesses das duas naturezas. Segundo, concretizar a referida preeminência das situações existenciais sem descuidar para um paternalismo que restrinja o espaço de atuação da liberdade individual (inclusive no âmbito dos atos de disposição) que também é aspecto constituinte da dignidade humana.

## 2. O CONCEITO DE SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA

Para iniciar este processo é necessário retornar às premissas fundamentais e ao próprio conceito de situação jurídica subjetiva. Esta definição é dada por Pietro Perlingieri – que aqui se adotará como marco teórico – como “a eficácia do fato com referência a um centro de interesses, que encontra sua imputação em um sujeito destinatário”.<sup>9</sup> Para o autor, a concepção das situações jurídicas subjetivas está intrinsecamente ligada ao objetivo de dar forma conceitual a comportamentos e interesses, isto é, jurisdicizar a realidade social, razão pela qual assumem relevância para o Direito por partirem da análise do fato, da realidade concreta. Liga-se, portanto, a duas premissas fundamentais do modelo perlingieriano.

A primeira é que não existe fato juridicamente irrelevante.<sup>10</sup> Se o acontecimento existe no mundo do Direito, ele é de alguma forma valorado, isto é, ele é objeto de algum tipo de avaliação por parte do ordenamento. Assim, no exemplo do autor, o fato de um sujeito pegar o carro e sair para passear caracteriza a manifestação de um princípio jurídico, de um direito fundamental: a liberdade de circulação.<sup>11</sup> No máxi-

8. TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil* (Editorial), n. 13. Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. iv.

9. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105.

10. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, tomo II, 3. ed. Napoli: ESI, 2006, pp. 600-601.

11. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile*, cit., p. 601.

mo, pode ocorrer que um fato juridicamente relevante não produza consequências jurídicas bem individualizadas, ou tenha efeitos específicos e determinados. Assim, há fatos que, embora relevantes, não estão predeterminados a terem algum tipo de eficácia: se passeio pelo meu terreno estou exercendo meu direito de propriedade, sem que, contudo, haja qualquer tipo de efeito jurídico específico.<sup>12</sup> O fato jurídico, em sua acepção ampla, é conceito fundamental, pois é o ponto de confluência entre a realidade fática e o Direito, a ligação entre a eventualidade e a declaração normativa que a rege. Mais do que isso, "é o modo pelo qual o ordenamento se atua".<sup>13</sup> A norma não existe em abstrato, ela é produto da interpretação do texto (enunciado normativo) em confronto com o caso concreto, e assim é o momento fático que atribui à norma a concreitude que lhe é essencial.

Se o fato jurídico é tradicionalmente concebido como potencial causa de criação, modificação, conservação ou extinção de relação jurídica,<sup>14</sup> aqui se encontra a segunda premissa do modelo: a estrutura da relação jurídica não é uma relação entre sujeitos correspondente a uma hipótese normativa, mas sim, como relação entre situações jurídicas subjetivas de conteúdo complexo. Isto porque se constata diversas hipóteses nas quais faltam, de início, dois sujeitos contrapostos, mas já há centros de interesses individualizados, tais como a promessa de recompensa, a oferta ao público ou a herança com benefício de inventário.<sup>15</sup> O sujeito não é, portanto, elemento essencial à estrutura da relação jurídica, mas sim as situações jurídicas subjetivas, que acabam por representar centros de interesse.

Desta forma, a situação jurídica se revela como centro de interesses,<sup>16</sup> em contraposição ao clássico conceito de relação jurídica, que é o liame entre dois sujeitos. A estrutura da situação jurídica não prevê polos ativos ou passivos, ou seja, partes detentoras de direitos e deveres. É somente inserido em uma relação jurídica, na qual podem ser verificadas as posições dos sujeitos, é que lhes podem ser atribuídos direitos e deveres. Mesmo porque, há situações nas quais estão presentes momentos de poder e de dever. São as situações complexas. Elas constituem normas de conduta

12. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile*, cit., p. 601.

13. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile*, cit., p. 598.

14. "Pense-se, por exemplo, na assinatura de um cheque. Deste fato jurídico, deste "ser", nasce - em virtude da previsão normativa - a obrigação de pagar. A obrigação é um efeito, um dever ser. A obrigação de pagar não é o pagamento (o qual é execução, adimplemento da obrigação), ela não é um fato, mas um *cometto* que permite valorar um comportamento. O pagamento (fato) e o comportamento conforme a obrigação de pagar (efeito), surgida da emissão do cheque (fato). O efeito é instrumento de valoração do agir humano compreendido segundo categorias. O conceito geral de tais categorias é a situação jurídica. O efeito é, portanto, um conjunto simples ou complexo de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas" (PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile*, cit., p. 629).

15. A regra do benefício do inventário estabelece que as dívidas do morto tenham como limite para pagamento a herança, sem que as mesmas se transfiram para os herdeiros, que apenas herdarão se houver ativos, após o pagamento. Para tanto e sem entrar na discussão da personalidade jurídica do espólio, a conclusão é que o espólio é, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo de relações jurídicas, por se tratar de um "bloco patrimonial" que se transmite em condomínio aos seus herdeiros e se presta ao pagamento das dívidas do morto.

16. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 115.

que podem significar atribuição ao sujeito - no interesse próprio e/ou de terceiros, no interesse individual e/ou social - do poder, de realizar ou de não realizar determinadas atividades.<sup>17</sup>

A análise das situações subjetivas é complexa, pois pode ser efetuada sob diversos aspectos - ou *perfis*. Neste sentido, é possível adotar, como ótica de exame: a) o perfil de *efeito* - a situação é efeito de um fato, natural ou humano, juridicamente relevante; b) o perfil do *interesse* - a situação encontra fundamento em um interesse, merecedor de tutela, que justifica sua configuração; c) o perfil *dinâmico* - a situação perdura no tempo como qualificação de uma pluralidade de comportamentos; d) o perfil do *exercício* - o exercício da situação requer a manifestação de um sujeito, não necessariamente o titular do interesse (p. ex.: os pais, no poder parental); e) o perfil *funcional* - este provavelmente o mais importante para sua qualificação, pois se trata do papel desempenhado pela situação no âmbito das relações sociojurídicas; e f) o perfil *normativo* ou *regulamentar* - a atribuição de relevância normativa para conferir juridicidade à situação, de modo a garantir a prerrogativa de seu titular.<sup>18</sup>

### 3. A CLASSIFICAÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS EM PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS

O conceito de situação jurídica subjetiva é abrangente o suficiente para não se limitar ao modelo clássico do direito subjetivo: inclui também o direito potestativo, poder jurídico ("poder-dever"), a expectativa de direito, o interesse legítimo, o ônus, entre outras. Entre as diversas classificações a que são submetidas - ativas ou passivas, absolutas ou relativas, transmissíveis ou intransmissíveis - para o objetivo deste estudo relevante é a sua classificação em patrimoniais ou existenciais (também chamadas extrapatrimoniais), uma vez que, de acordo com a doutrina civil-constitucional, o princípio da dignidade humana impõe a proeminência das situações existenciais com relação às patrimoniais, de maneira a vedar a patrimonialização de situações jurídicas existenciais. Isso não significa, repise-se, a anulação ou a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico, principalmente no civilista, pois o momento econômico, tal qual aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. Entretanto, muda seu tratamento pelo ordenamento em termos qualitativos, pois sua função passa a ser proporcionar suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.<sup>19</sup>

A dificuldade neste ponto, todavia, é a própria distinção entre situações existenciais e patrimoniais, bem como o critério para fazê-lo. A princípio, essa separação padece de certa obviedade, quando se pensa na contraposição propriedade, crédito, empresa *versus* direitos da personalidade e direitos de família, de modo que, nesses

17. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 107.

18. A sistematização é de PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile*, cit., p. 631-633.

19. PERLINGIERI, Pietro. *Depatrimonializzazione e diritto civile. Scuole, tendenze e metodi*. Napoli: ESI, 1989, p. 176.

casos, o objeto/ou o interesse presente na situação jurídica – analise que se busca em um primeiro momento – satisfaz o intérprete. A decomposição permite ainda identificar hipóteses nas quais há nítida predominância de uma frente à outra, como situações existenciais com repercussões patrimoniais ou situações patrimoniais com repercussões existenciais.

No entanto, a grande dificuldade acontece quando o interesse, fundamento justificativo da situação envolve os dois aspectos com graus similares de intensidade, pois “pode ser patrimonial, existencial ou, às vezes, um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais”<sup>20</sup>.

Embora o perfil do interesse e de efeito sejam também importantes para se refletir acerca da normativa aplicável a cada situação,<sup>21</sup> hoje, o perfil funcional é o mais relevante nessa distinção,<sup>22</sup> pois utiliza do recorte fático para se refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico, com todas as circunstâncias que o caso determina, através de um profícuo diálogo entre a norma e a realidade, de modo que este é o ponto de partida para a qualificação da situação jurídica subjetiva. A ideia fundamental é que a função pode acompanhar as mudanças da sociedade, sendo, portanto, um conceito contextual e socialmente construído.

Funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidária e relacional. Por isso, descobrir a função de um instituto é mais importante do que investigar seus aspectos estruturais: “a concepção de função de um instituto, além de remeter a seus efeitos, liga-se, também, à finalidade daquele instituto: enquanto a estrutura reflete o instituto ‘como é’, a função indica ‘para que serve’.”<sup>23</sup> Não se trata de abandonar o exame da estrutura, mas de ultrapassar essa etapa no processo hermenêutico.<sup>24</sup>

20. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile*, cit., p. 631.

21. Apenas como exemplo, os direitos de personalidade se aplicam à pessoa jurídica apenas no que couber, conforme determina o art. 52, CCB/02, por se tratar de uma categoria que tem como seu cerne a tutela da pessoa humana, havendo, portanto, uma dificuldade funcional no elasmecimento desta categoria. (TEPÉ-DINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 130-131).

22. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: ESI, 1972, p. 338.

23. KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27.

24. Mas no âmbito dos negócios jurídicos, a funcionalização da autonomia privada pode ser apreendida não apenas sob esta perspectiva mais conceitual e principiológica, como também em um viés mais concreto e técnico. A funcionalização, neste sentido, significa no exame de um fato jurídico, privilegiar o perfil funcional – os efeitos buscados, o fim almejado – em detrimento do perfil meramente estrutural, pois aquele é o mais adequado para individualizar os interesses que as partes buscam realizar e tutelar. Ela claramente não despreza a análise da estrutura, pois esta é ponto de partida para qualquer hermenêutica, mas não se atém aos elementos componentes do instituto, indo procurar também nos efeitos buscados, na finalidade perseguida, o regime normativo aplicável àquele negócio. (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32).

Não basta, apenas, averiguar o cumprimento da função social de toda e qualquer situação jurídica – como nos contratos, que hoje é intrínseco a eles<sup>25</sup> –, principalmente, as de ordem patrimonial, mas sim, qual a função que aquela situação jurídica realiza, que melhor concretiza os objetivos constitucionais. Para as situações existenciais, é necessária a realização de uma função de cunho pessoal, que tutele o livre desenvolvimento da personalidade não apenas da pessoa como núcleo isolado, mas inserida na sociedade, em determinado contexto.<sup>26</sup>

A distinção se faz necessária tendo em vista a instrumentalidade indireta das situações patrimoniais à concretização da dignidade, pois seu principal objetivo é a realização de uma função social; prioritariamente, elas estão a serviço da coletividade, tornando-se inevitável a conformação da autonomia privada ao imperativo da solidariedade. Situação diferente ocorre nas situações jurídicas existenciais, cujo objetivo é a realização direta da dignidade, conforme as próprias aspirações, valores e *modus vivendi*; enfim, têm como função imamente a livre realização da personalidade, segundo o próprio projeto de vida que a pessoa construiu para si. Podemos sintetizar que as situações patrimoniais têm função social e as existenciais, apenas função pessoal – se é que podemos atribuir a elas algum tipo de função.<sup>27</sup>

Não se trata de estabelecer uma nova dicotomia. Essa “separação” tem uma complementariedade intrínseca, na medida em que as situações patrimoniais têm como sua finalidade última o livre desenvolvimento da pessoa. Como explica Rose Melo Vencelau Meirelles:

Nem sempre será possível afirmar que uma relação jurídica é existencial ou patrimonial, pois não é raro que ambos os interesses estejam nela envolvidos. As situações jurídicas podem refletir interesses existenciais e patrimoniais ao mesmo tempo. E isto não porque a relação patrimonial é funcionalizada a promoção de valores existenciais, como ocorre em todos os institutos jurídicos, mas sim porque é composta de situações existenciais e de situações patrimoniais (MEIRELLES, 2009, p. 47-48).<sup>28</sup>

Diante disso, o perfil funcional é o mais adequado para a concretização dos objetivos constitucionais, pelo seu caráter dinâmico e evolutivo, em detrimento da perspectiva estrutural, hermética e paralisante. A averiguação da função da situação jurídica, entendida como síntese de seus efeitos essenciais, só poderá ser operada em concreto, uma vez que não há essencialidade previamente determinada pelo legislador, mas somente aquela constatada ante o fato concreto.

25. Haja vista os ditames do art. 421 do Código Civil.

26. Não estamos aqui a afirmar que as situações existenciais têm necessariamente uma função, como as patrimoniais estão atreladas à função social. A perspectiva aqui é a realização imediata e direta da dignidade humana no contexto em que a situação está inserida, o que nos autoriza a falar, apenas, em função pessoal, como melhor delineado a seguir.

27. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 146-147.

28. MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 47-48.

Desta forma, o debate fica mais rico uma vez centrado em exemplos concretos, os quais, podem ser divididos em três grupos, somente para fins didáticos, já que não encerram a totalidade das hipóteses do "mundo da vida": (i) situações personalíssimas; (ii) situações familiares; (iii) situações biojurídicas. Em comum trazem uma raiz nitidamente existencial que é transformada e conformada através de atividade negocial – como expressão da autodeterminação abrangida pela própria proteção à dignidade – e que adquire assim caráter patrimonial. A questão suscitada é, exatamente, em que medida a patrimonialidade da situação surgida pode atingir a existencialidade remanescente naquela situação jurídica.

#### 4. SITUAÇÕES PERSONALÍSSIMAS E DISPONIBILIDADE DE ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE: "GAROTO-PROPAGANDA", CLÁUSULA MORAL, "PESSOA PÚBLICA" E REALITY SHOWS

O âmbito dos chamados direitos da personalidade é provavelmente aquele no qual a discussão sobre o espaço da autonomia negocial e da possível disposição e comercialização se encontra mais explícito. Tradicionalmente, os direitos da personalidade são reputados indisponíveis e irrenunciáveis, visão consagrada pelo legislador brasileiro no art. 1.º do Código Civil brasileiro: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".<sup>29</sup>

Esta intangibilidade dos chamados direitos da personalidade por ato de vontade é cotidianamente desmascarada pela realidade social, ao ponto de se buscar em doutrina mitigações ao dispositivo legal. Alega-se, em restrição ao texto do dispositivo legal, que em verdade somente seria vedada a renúncia definitiva, a disposição permanente, permitindo-se atos temporários ou limitados de cessão de atributos vinculados à personalidade.<sup>30</sup>

Melhor caminho trilha a doutrina que reconhece relativa a necessidade de interpretar o dispositivo à luz da garantia constitucional de liberdade, vinculada à própria dignidade humana.<sup>31</sup> Neste sentido, uma vez que a autonomia para escolher como realizar mais adequadamente sua personalidade faz parte da própria tutela da personalidade, qualquer forma de limitação ou restrição absoluta ao poder de dispo-

29. Para uma análise minuciosa das características tradicionalmente atribuídas aos direitos da personalidade, v. Gustavo Tepedino. A tutela da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25-62.

30. Neste sentido o enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil CEJ/CJF: "4 – Art. 1.º do exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

31. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 227. Afirma SCHREIBER, Anderson: "O que deve o direito vedar é que tal limitação decorra não do exercício de outro aspecto da dignidade humana – a liberdade de autodeterminação pessoal –, mas de propositos patrimoniais, lucrativos, comerciais, especialmente se cultivados no terreno da necessidade, da vulnerabilidade ou, pior ainda, de miséria" (SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. *Diálogos sobre direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262).

sição configuraria ato de paternalismo incompatível com o pluralismo democrático que rege a ordem constitucional.<sup>32</sup>

Reconhecendo-se a possibilidade *a priori* de atos de disposição de atributos da própria personalidade como forma de realização pessoal, coloca-se o dilema de como, *a posteriori*, evitar eventuais desvios que possam importar em mercantilização ou instrumentalização da pessoa humana. Algumas situações jurídicas dúplices constituídas a partir do exercício da autonomia negocial sobre bens da personalidade são ilustrativos desta dificuldade.

Assim, por exemplo, a constatação de que o mercado de consumo é essencialmente guiado pela confiança do consumidor, decorrente do enorme valor que hoje é atribuído a marcas e demais signos identificativos de produtos, levou à construção, no âmbito da publicidade, de uma figura que, embora estejamos habituados, é de natureza bastante peculiar. O expediente consiste em ligar a marca e o conjunto de produtos que ela reflete a um sujeito humano que inspire confiança, tornando indissociável a pessoa e o que está sendo vendido.

Normalmente é referido pela significativa denominação de "garoto-propaganda" ou "garota-propaganda", os quais se comprometem a realizar publicidade de marca ou produtos por longo período de tempo, com reiterada exposição nos meios da mídia. A imagem da pessoa humana torna-se de tal forma imiscuída ao valor negocial objeto do contrato que a jurisprudência ainda controverte se a utilização da mesma imagem além do autorizado no contrato, em virtude do fim do prazo ou através de veículo diverso do previsto, gera dano moral ou apenas dano patrimonial. É importante ressaltar, todavia, o acerto das decisões que reconhecem a autonomia da imagem como bem jurídico que, ainda que possa revestir aspecto patrimonial, mantém seu caráter extrapatrimonial.<sup>33</sup>

32. MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121-148.

33. Neste sentido: "DIREITO À IMAGEM. MODELO PROFISSIONAL. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA. DESNECESSIDADE. QUANTUM. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. EMBARGOS PROVIDOS. I – O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II – Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. III – O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. IV – O valor dos danos morais pode ser fixado na instância especial, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na entrega da prestação jurisdicional. (STJ, 2ª S., EREsp 230.268, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 11/12/2002, publ. DJ 04/08/2003). E ainda "CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. Constituição Federal, art. 5º, X, I. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X, II. - R. E. conhecido e provido" (STF, 2ª T., RE 215984, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 04/06/2002, publ. DJ 28-06-2002 RTJ 183-

São contratos que muitas vezes incluem cláusulas de comportamento, isto é, que impõem ao “garoto-propaganda” que não realizem condutas em sua vida pessoal que possam ser reputadas moralmente duvidosas de maneira a prejudicar o alto renome da marca que é vendida. Curioso, todavia, é o fato de que a jurisprudência já se manifestou sobre o problema inverso: quando defeito dos produtos vendidos vem a manchar a imagem da pessoa humana que estava a anunciá-los. O exemplo trazido é da atriz Maitê Proença, que após contrato para tentar recuperar a imagem e a confiança de produtos anticoncepcionais da Schering, maculados pelo descobrimento de cápsulas feitas de farinha de trigo, entendeu ter sua imagem pessoal lesionada pela descoberta de novos casos de pílulas ineficazes. O STJ manteve a decisão quanto à inexistência de dano moral ao não conhecer do recurso por entender que envolveria reapreciação de matéria fática, mas com votos vencidos que entendiam ser “inquestionável a lesão à imagem-atributo da conhecida artista. Maitê Proença poderá não ter sofrido desgastes profissionais como atriz, mas, na sua imagem, até como ‘garoto-propaganda’, por certo, foi afetada”.<sup>34</sup>

Paradigmática dessa complexa ligação entre a imagem da pessoa natural – de natureza existencial – e a tutela de marca ou produto empresarial – sempre patrimonial, são as chamadas cláusulas morais – ou *moral clauses* – que permitem às patrocinadoras romper o financiamento quando o(a) garoto(a)-propaganda se comporta, em sua vida pessoal, de forma que se reputa prejudicial à imagem da marca. O conflito entre a liberdade individual e o interesse patrimonial veio à tona em diversos casos nos últimos anos, como quando a divulgação de fotos da modelo Kate Moss consumindo cocaína causaram a perda do patrocínio dado por marcas como Chanel, H&M e Burberry,<sup>35</sup> bem como no caso ocorrido no Brasil durante as olimpíadas, em que o nadador Ryan Lochte alegou falsamente ter sido vítima de assalto e, em razão disso, além de ter sido suspenso pela sua Confederação, perdeu o patrocínio das marcas Speedo e Ralph Lauren, estimados em um milhão de dólares.<sup>36</sup> Trata-se de cláusula problemática, pois atribuiu ao árbitro de uma das partes, em termos bastante genéricos, o poder de avaliar a conduta existencial da outra parte em sua vida pessoal, como condição para a prestação patrimonial, por vezes abrangendo até mesmo condutas anteriores ao contrato cuja divulgação possam prejudicar a imagem da marca.<sup>37</sup>

03/1096) O entendimento foi consolidado no enunciado de súmula n. 403 do STJ: “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

34. STJ, 3ª T., REsp 578777/RJ, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 24/08/2004, DJ 25/10/2004, p. 342.

35. KRESSLER, Noah B. Using the moral clause in talent agreements: a historical, legal and practical guide. *Colum. J. L. & Arts*, n. 29, p. 235 e ss., 2005-2006.

36. LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 12, p. 37-57, abr./jun. 2017.

37. EPSTEIN, Caroline. *Morals clauses: past, present and future. Journal of intellectual property and entertainment law*, vol. 5, n. 1, p. 72-106, fall 2015.

A lógica que permeia a patrimonialização da imagem nestes casos inspirou a construção da situação jurídica peculiar das “pessoas públicas”. Seriam pessoas que, em virtude de sua notoriedade, receberiam tratamento jurídico diferenciado quanto à tutela de sua imagem e, principalmente, de sua privacidade. Embora se reconheça que estas pessoas ainda possuem alguma privacidade a ser protegida, o argumento é de que elas ganham seu sustento a partir de sua fama e reconhecimento em público e, portanto, teriam que suportar o ônus de serem interpeladas, fotografadas e filmadas quando estiverem em locais públicos.<sup>38</sup> Trata-se do binômio “pessoa pública/local público”, que serviu a justificar a leitura labial de técnico de futebol em campo, a captura de imagens de atriz e de cantor em momentos íntimos na praia.<sup>39</sup> A perversa lógica implícita é que tais sujeitos teriam renunciado a parte da tutela de sua privacidade em nome de uma vida privilegiada em termos financeiros, razão pela qual não poderiam alegar dano indenizável em virtude da veiculação pública de informações que, no tocante a outras pessoas, seriam reputadas privadas. Como explica Anderson Schreiber:

A taxação de atrizes, atletas, políticos, como “pessoas públicas”, a autorizar uma espécie de prorrogação de autorização à divulgação de suas imagens, ou a suscitar, ainda, o perverso argumento de que a veiculação na mídia mais beneficia do que prejudica aqueles que dependem da exposição ao público, representa a ingerência alheia em seara atinentemente apenas ao próprio retratado (SCHREIBER, 2008, p. 248).<sup>40</sup>

O raciocínio vem exposto, por exemplo, ao se reputar que a utilização não autorizada de imagem de sambista em trajes carnavalescos por jornal de grande circulação não pode ser caracterizada como ato ilícito, pois ela fora eleita “rainha das rainhas de carnaval”. Nas palavras do relator da decisão, “impossível desassociar a imagem física da autora daquela personagem que retrata a ‘Rainha do Carnaval’ e “considera-se de caráter cultural e institucional a exposição da imagem da autora como a ‘Rainha das Rainhas do Carnaval de São Paulo’”.<sup>41</sup>

A lógica inspiradora da tolerância à invasão da privacidade e da veiculação da imagem em virtude da prévia escolha do sujeito em favor da fama e fortuna fundamenta não apenas o tratamento das pessoas notórias, mas também o daquelas que pretendem sê-lo. É exemplificativa disso a difusão dos chamados “reality shows”, consistentes em programas que envolvem a transmissão quase irrestrita de pessoas em suas vidas cotidianas ou submetidas a certames de diversas naturezas. Os shows envolvem sempre algum tipo de remuneração direta pela cessão da imagem e da privacidade, mas o principal benefício buscado pelos participantes é a fama e no-

38. TEIXEIRA, Daniele Chaves. *A tutela da privacidade e seus limites*. Dissertação de mestrado defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2008, 155 págs.

39. LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 27. Rio de Janeiro: jul./set. 2006, p. 211-219.

40. SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. *Diálogos sobre direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 248.

41. TJSP, 2ª C. D. Priv. Ap. Cível n. 390.24.6-4/8-00, Rel. Des. Ariovaldo Samini Teodoro, julg. 30.09.2008.

toriedade rapidamente adquiridas após suas realizações, que também se constitui numa remuneração comercial, mais distante e indireta, mas igualmente promissora.<sup>42</sup> Aumentam as dificuldades de conciliação entre o interesse patrimonial no resultado do programa e os sacrifícios envolvidos na participação quando, além da privacidade os programas envolvem submissão a condições reputadas especialmente degradantes violadoras da dignidade dos participantes, como foi o caso de denúncias ao Ministério Público de confinamento de participantes a um quarto totalmente branco, levado-o à desistência do *reality*,<sup>43</sup> e de um show em que cem participantes tinham que conviver em uma casa de cento e vinte metros quadrados com apenas um banheiro, o que deu início a um surto de conjuntivite entre os envolvidos.<sup>44</sup>

Exatamente em vista do valor comercial desta popularidade adquirida pelos integrantes dos shows, tornou-se praxe em diversos deles a cláusula contratual que impõe exclusividade da imagem do sujeito à emissora por período posterior ao fim do espetáculo. Nestes casos, assim como nos casos de “garoto-propaganda”, salta aos olhos a dificuldade e a importância de se estabelecer parâmetros dentro dos quais a complexa engenharia contratual, delimitando diversas cláusulas penais e acertos pecuniários para o caso de violação ou desistência, pode atuar sem, por um lado, violar a necessária proteção à dignidade das pessoas envolvidas, nem, por outro lado, violar-lhe a liberdade pessoal.

## 5. SITUAÇÕES FAMILIARES: PACTO ANTENUPCIAL/DE CONVIVÊNCIA, ALIMENTOS, AUTORIDADE PARENTAL E CURATELA

As relações de família apresentam-se campo fértil para essas reflexões, tendo em vista a dificuldade na separação de efeitos das situações que envolvem seus membros, na órbita puramente existencial ou patrimonial. Gilda Ferrando afirma que tais relações, embora caracterizadas pela patrimonialidade, têm como objeto um complexo de interesses ao mesmo tempo de natureza patrimonial e existencial, em razão dos tipos de relações que estamos a tratar. Assim, o estudo de ambos os aspectos, bem como a função das relações patrimoniais de família podem gerar, recebem nossa

42. A notoriedade, resultado útil pretendido pelo contratante em tais casos, é de tal forma promissora que já se entendeu em jurisprudência que a reversão da expectativa da celebração do contrato e participação no *reality show* gera dano indenizável: “Ação de Resolução Contratual e/c Indenização por Danos Morais e Materiais - Autor impossibilitado de participar de programa de Reality Show pela Ré — Ausência de comprovação de causa justificativa - Exposição negativa indevida da imagem do Autor em rede nacional - Responsabilidade précontratual — Ofensa ao princípio da boa-fé objetiva e dos deveres secundários de conduta — Indenização por danos morais e materiais devida — Recurso do Autor parcialmente provido e da Ré improvido” (TJSE, 7ª C. D. Priv., Ap. Cível n. 492.422-4/5-00, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, julg. 21.03.2007).

43. MIKEVIS, Dayanne. Ministério Público apura se houve tortura no quarto branco do “BBB”, disponível em <https://m.folha.uol.com.br/ilustrada/2009/02/500009-ministerio-publico-apura-se-houve-tortura-no-quarto-branco-do-bbb.shtml>, acesso em 06 out. 2018.

44. RODRIGUES, Thayná. MPF de São Paulo investiga programa ‘A casa’, da RecordTV, disponível em <https://cextra.globo.com/tv-e-lazer/mpf-de-sao-paulo-investiga-programa-casa-da-recordtv-21539026.html>, acesso em 06 out. 2018.

especial atenção,<sup>45</sup> mormente no que se refere ao pacto antenupcial/de convivência, dos alimentos, à autoridade parental e a curatela.

Os contratos que se estabelecem antes do casamento ou, no caso da união estável, antes ou na constância da união, têm o escopo de regular as relações patrimoniais entre cônjuges ou companheiros, da forma mais adequada ao seu projeto de vida. Assim, não obstante estejamos a falar de questões de natureza eminentemente patrimonial, não se pode descurar que elas servem a um projeto existencial, de vida em conjunto, de construção de uma família. A escolha do regime de bens pode vir a refletir, inclusive, os esforços - conjuntos ou não - dos membros da entidade familiar em prol da construção da realidade - financeira e emocional - daquele núcleo. Uma escolha errada pode se tornar, inclusive, causa motivadora de divórcio ou de dissolução de união estável, por estar intrinsecamente vinculados os aspectos patrimoniais ao equilíbrio psicológico dos membros da família. Estamos diante, portanto, de inegável situação jurídica patrimonial de eficácia também na órbita existencial.

No que tange à opção pelo regime de bens, aqueles constantes do Código Civil não constituem *numerus clausus*, de modo que as partes podem optar por regime de bens já existente ou por algum outro cujas regras foram construídas por elas, desde que não contravenha disposição absoluta de lei, conforme art. 1.655, CC. Por isso, é fator inerente à autonomia privada das partes, que além de poderem escolher um dos regimes de bens existentes no Código Civil - entre comunhão universal, comunhão parcial, separação total e participação final nos aquestos -, podem, também, criar um novo regime, que seja mais adequado às suas aspirações. Tal fato é coerente com uma das diretrizes do Direito de Família, que tem como premissa ser o casamento comunhão plena de vida (CC, art. 1.511). Para que isso ocorra, nada melhor do que as próprias partes escolherem as regras que regerão suas relações patrimoniais. Têm, portanto, a mais ampla autonomia, para tomar as decisões que julgarem adequadas quanto ao estatuto patrimonial que regerá as suas relações entre si, bem como as com terceiros - exceto nas hipóteses geradoras do regime da separação obrigatória de bens, conforme art. 1.641 do Código Civil.

Entretanto, questionamos até onde vai a autonomia na escolha das normas que regerão a conjugalidade: ela se restringe ao aspecto patrimonial ou pode englobar, também, a seara existencial? Em caso positivo, seriam os “pactos antenupciais” instrumentos adequados para conter as “regras existenciais”? São notórias as combinações milionárias sobre indenizações pelo descumprimento de “deveres existenciais” nos EUA, principalmente em termos de “obrigações sexuais”, indenizações por traições ou pelo término do casamento em determinado período. Será que isso teria cabimento em nosso ordenamento jurídico? Seria possível os cônjuges dispensarem o dever de fidelidade ou de coabitação, constantes do art. 1.566 do CC, no pacto antenupcial, ou os companheiros fazerem o mesmo com o dever de lealdade, previsto pelo art. 1.724, do CC?

45. FERRANDO, Gilda. Autonomia privada e rapporti familiari. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 654, 2003.



Cada vez mais se fortalece a possibilidade desses pactos servirem como instrumentos que formalizam os tanto os acordos pessoais quanto os patrimoniais dos companheiros ou futuros cônjuges. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que se renova o conceito de ordem pública de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana, vem sendo possível se discutir a possibilidade de o próprio casal construir a ordem pública familiar, segundo o que para eles, são os valores mais importantes para uma relação amorosa bem-sucedida. Isso se dá a partir da possibilidade de os cônjuges ou companheiros pactuarem – e recombinarem no curso do casamento – as regras que regerão sua relação conjugal, independente de coincidirem ou não com as disposições legais.<sup>46</sup>

Tendo em vistas as regras que constituem os direitos e deveres do casamento (art. 1.566 CC) e da união estável (art. 1.724 CC) perquire-se quais podem ser derogadas e quais não estão submetidas à autonomia privada dos cônjuges e dos companheiros, mas à ordem pública. A possibilidade de maior abrangência do pacto foi objeto de debates na VIII Jornada de Direito Civil, ocorrida em abril de 2018 no Conselho da Justiça Federal, em Brasília, tendo sido aprovado o enunciado nº 635: “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar”.<sup>47</sup>

Não há controvérsias em relação a acordos que tenha por finalidade reconhecimento de filho, nomeie tutor,<sup>48</sup> ou escolha domicílio da família. O mesmo se diga em relação a cláusulas que pactuem novos deveres conjugais – com limites, obviamente, na cláusula de dignidade da pessoa humana.<sup>49</sup> O debate na doutrina centra-se mais

46. Sobre o tema, seja consentido remeter a: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O papel da autonomia privada na reconfiguração do pacto antenupcial e da natureza jurídica do casamento. In: Paulo Adyr Dias do Amaral; Raphael Silva Rodrigues. (Org.) *CAD 20 anos: Tendências contemporâneas do Direito*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 125-144; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MATOS, Ana Carla Harmaúuk. Disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial. In: MATOS, Ana Carla Harmaúuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPELINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema*. Anais do Congresso de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBD Civil. Belo Horizonte: Forum, 2019, no prelo.

47. “Com base nos princípios constitucionais que regem, protegem e promovem a família e a dignidade de seus membros, tutelando todas as espécies de união civil, caberia às pessoas estabelecerem, espontaneamente, se assim desejassem, direitos e deveres, existenciais, como forma de estabelecer, na legalidade constitucional, um código próprio sobre a intimidade e privacidade daquela união. Trata-se de uma proposta para maximizar a autonomia privada existencial das pessoas, que estarão aptas a regulamentarem suas próprias relações segundo os seus projetos de vida. Percebe-se, portanto, a desnecessidade da intervenção estatal para delimitar deveres conjugais específicos, uma vez que a observância dos princípios constitucionais se mostra suficiente para uma tutela eficaz das relações conjugais e convivenciais”. (MULTEO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 237).

48. “Assim sendo, cláusulas que não violem a comunhão plena de vida ou os direitos e garantias individuais (constitucionalmente assegurados) serão permitidos, como, por exemplo, o reconhecimento de filhos ou a nomeação de tutor, não se restringindo o pacto a declarações de conotação patrimonial”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 6: Famílias, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 316)

49. Alguns doutrinadores entendem ser possível a inclusão de normas específicas de conduta, independente de gerar efeitos jurídicos: “De qualquer modo, nada impede que os novos disciplinem também questões

fortemente na validade de cláusulas que afastam os deveres previstos no art. 1.566 do Código Civil.<sup>50</sup> No âmbito desse dispositivo, faz-se necessário uma divisão interna quanto à ratio orientadora dos incisos: percebe-se que o I (fidelidade) e II (coabitação) centram-se no arranjo familiar que melhor concretiza a comunhão plena de vida, por estabelecer o modo de vivenciar a conjugalidade, que vão além destes. Eles traduzem a forma pela qual o casal elegeu o seu modo de viver para alcançar a felicidade, segundo os próprios padrões, o que é plenamente defensável num mundo plural e democrático.

Diferentemente, quanto aos incisos III (mútua assistência), IV (sustento, guarda e educação dos filhos) e V (respeito e consideração mútuos) o limite da autonomia tem sua justificativa na solidariedade familiar:<sup>51</sup> o de mútua assistência visa a não deixar o outro cônjuge em desamparo material e o respeito e consideração mútuos pretendem preservar uma relação de cordialidade familiar mínima (solidariedade conjugal); já o dever de sustento, guarda e educação dos filhos decorrem mais especificamente da autoridade parental, estando posicionado no artigo como reforço legal de hermenêutica sistemática ao exercício desse poder jurídico e não, propriamente, como situação que decorre da conjugalidade. Indisponíveis, portanto, esses três últimos deveres.<sup>52</sup> O pacto antenupcial, portanto, é um bom exemplo de uma situação jurídica patrimonial que pode ter também função existencial.

não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas. Ainda que não haja a possibilidade de a execução de algumas avenças ser buscada na via judicial, ao menos como acordo entre eles tem plena validade. Assim, pode ficar definido, por exemplo, quem irá ao supermercado, bem como ficar consignado que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão etc.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 234)

50. “Assim seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais que admisssem a infidelidade conjugal, que dispensasse os principais deveres conjugais, como a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, o respeito e a mútua consideração [...]” (MADALENO, Rolf. O direito adquirido e o regime de bens. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Nota Dez, n. 348, 2006, p. 30-31).

51. “Maior dificuldade, contudo, resulta da análise de cláusulas que afastam deveres tradicionalmente considerados essenciais à vida conjugal. No que tange aos deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou aos deveres decorrentes da autoridade parental, que alcançam a pessoa dos filhos, não há dúvida quanto à sua indisponibilidade. Mas no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver, a priori, óbice na ordem pública para a sua admissão.” (TEPELINO, Gustavo. *Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, fev./mar. 2008, ano IX, n. 2. Belo Horizonte: Magister, 2008, p. 119)

52. “Indaga-se, pois, quais razões no contexto atual continuariam a justificar a ingerência estatal no âmbito da autonomia existencial dos cônjuges e conviventes. Conforme se depreende do texto legal, são deveres conjugais a ‘fidelidade recíproca’, a ‘vida em comum no domicílio conjugal’, a ‘mútua assistência’, o ‘sustento, guarda e educação dos filhos’ e o ‘respeito e consideração mútuos’. Os deveres de mútua assistência, de respeito e consideração mútuos e de sustento, guarda e educação dos filhos são admissíveis, exigíveis, pois se coadunam com a ordem constitucional, não devendo, todavia, ser classificados como requisitos da conjugalidade, por decorrerem diretamente da solidariedade familiar e da responsabilidade parental, aplicáveis às relações familiares como um todo”. (MULTEO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 229)

53. Sobre o tema, conclui Tepelino: “A definição quanto à validade dessas e outras cláusulas, formuladas por iniciativa das partes, seja no âmbito do casamento, seja em pactos atinentes a outras formações familiares, deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana.

O mesmo ocorre com os alimentos, que têm como natureza uma verba pecuniária cuja finalidade é fazer frente ao sustento de pessoas que estão desprovidas de condições de arcarem, sozinhas, com a própria subsistência, de acordo com o art. 1.695 do Código Civil de 2002. Trata-se de “aspecto patrimonial intencionalmente funcionalizado a um componente existencial – a subsistência do alimentando”.<sup>54</sup> Não obstante os alimentos possam ser prestados também *in natura*,<sup>55</sup> pressupõe inegável pressuposto patrimonial, porquanto demanda gastos daquele que paga a pensão alimentícia, independente da modalidade por meio da qual ela se efetiva.<sup>56</sup>

Não obstante, sob uma abordagem teleológica, os alimentos visam proporcionar aquele que os recebe condições mínimas de sobrevivência, para que possa ter uma vida digna, estruturada, de modo a lhe facultar o desenvolvimento de todas as suas potencialidades. Trata-se de um instrumento de sobrevivência no período em que a pessoa – parente, cônjuge ou companheiro – não tem condições de fazê-lo por si só.

Percebemos também essa dualidade de perfis na autoridade parental, por ter aspectos existenciais e patrimoniais. A autoridade parental, poder-dever imputado aos pais para ser exercido no interesse dos filhos, tem como função constitucional o exercício dos deveres de criar, educar e assistir os filhos menores de idade, de acordo com o art. 229 da CF. Além desses, o Código Civil prevê outros deveres existenciais (art. 1.634), além de obrigações de cunho patrimonial, que podem ser sintetizados na boa administração dos bens dos filhos, além de atribuir aos pais o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores, para que o patrimônio desses lhes seja resguardado para que, quando tiverem aptos a administrá-lo sozinhos, os filhos possam encontrar o patrimônio bem gerido, em condições de proporcionar-lhes renda e independência financeira, ou seja, condições de autonomia responsável. Os aspectos

Serão mercedoras de tutela as cláusulas que promovam a dignidade de cada integrante da família à luz dos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade, os quais devem informar as comunidades intermediárias, de modo que o pluralismo de escolhas traduza a liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a sua vida comunitária”. (TEPEDINO, Gustavo. *Contratos em direito de família*. In: Tratado de direito das famílias, 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 489)

54. SCHREIBER, Anderson., O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 453.

55. “Art. 1.701 do Código Civil. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensonar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor. Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação”.

56. Tal situação é de importância tal que o STJ já facultou a possibilidade de levantamento do FGTS do devedor de alimentos, mesmo não sendo esta uma hipótese prevista em lei: “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE DÉBITO ALIMENTAR - PENHORA DE NUMERÁRIO CONSTANTE NO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) EM NOME DO TRABALHADOR/ALIMENTANTE - COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO - VERIFICAÇÃO - HIPÓTESES DE LEVANTAMENTO DO FGTS - ROL LEGAL EXEMPLIFICATIVO - PRECEDENTES - SUBSISTÊNCIA DO ALIMENTANDO - LEVANTAMENTO DO FGTS - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) III - Irretorquível o entendimento de que a prestação dos alimentos, por envolver a própria subsistência dos dependentes do trabalhador, deve ser necessariamente atendida, ainda que, para tanto, proceda-se ao levantamento do FGTS do trabalhador”. (STJ, REsp 1083061 / RS, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, J. 23/2010, Dje-07/04/2010)

patrimoniais da autoridade parental têm por finalidade a preservação do patrimônio do filho menor de idade, para que este possa, quando do alcance da maioridade, ter capacidade de administrar seus bens através de escolhas responsáveis, fruto do processo educativo do qual foi instrumento o poder familiar.

Pode-se constatar, pela divisão topográfica do Código Civil, que as previsões quanto aos aspectos existenciais da autoridade parental encontram-se nos artigos 1.630 a 1.638, no Capítulo XI que dispõe sobre “a proteção da pessoa dos filhos” e no subtítulo II, nomeado “das relações de parentesco”. Os aspectos patrimoniais, por seu turno, estão em outra seara: Título II (Direito Patrimonial), Subtítulo II (Do usufruto e da administração de bens de filhos menores).

É claro que sobrelevam os aspectos existenciais, já que sua função precípua é transmitir os filhos os valores necessários para que eles possam se tornar pessoas adultas autônomas e responsáveis, por meio de um processo educacional. Mas não se pode deixar de perceber que os aspectos patrimoniais da autoridade parental devem se funcionalizar à finalidade de proporcionar aos filhos a condição do exercício de uma vida digna e autônoma, tarefa imputada aos pais no âmbito da prática do conteúdo da autoridade parental.

Outro instituto que coloca em xeque a estanque divisão entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade é o recente instituto da curatela, tal qual estabelecido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, fruto do comando da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. A curatela sempre foi um instituto que vinha recebendo críticas da doutrina,<sup>57</sup> em razão de o curatelado perder sua autonomia, pois a sentença no processo de interdição acabava por enquadrar o curatelado nas categorias pre-estabelecidas de absolutamente ou relativamente incapazes, sem criar um programa de curatela individualizado, para a situação específica do curatelado.

A fim de modificar o sistema então posto, de substituição da vontade para um sistema personalizado de apoio, o Estatuto da Pessoa com Deficiência modificou radicalmente o sistema posto. O art. 85 do EPD determina que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Além disso, seu §1º prevê que a curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. De acordo com o art. 6º, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

57. Ver, por todos: ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

De forma geral, percebe-se que a curatela é situação jurídica de inegável natureza dúplex, pois se houver deficiência intelectual severa, será necessário medida de maior apoio, que eventualmente abranja tanto aspectos existenciais quanto patrimoniais.<sup>58</sup> Note-se que, mesmo o art. 85 determinando os limites da curatela, muito se discute sobre sua abrangência em razão da necessidade que titularidade e exercício de direitos da personalidade estejam concentrados na mesma pessoa – o titular dos direitos. No entanto, quando há deficiência intelectual severa, é possível que haja necessidade do apoio ser mais intenso, sendo insuficiente a tutela que se restrinja ao âmbito patrimonial. Ou seja, em situações peculiares, a curatela só cumpre a sua real função se forem efetivamente considerados todos os seus elementos como situação jurídica complexa, tanto no âmbito patrimonial como existencial, para que o curatelado esteja protegido em sua integralidade, preservando seus espaços de autonomia. Se, por outro lado, for mantido o viés da curatela estritamente patrimonial<sup>59</sup> – mesmo se houver necessidade de um apoio mais acentuado – essa situação jurídica dúplex pode acabar por se tornar disfuncional, pois o objetivo da curatela é concretizar proteção à pessoa com deficiência intelectual na exata medida

58. "Diante dessa normativa, há que se interpretar, em primeiro lugar, a expressão 'atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial'. Duas são as possibilidades: i) entender que os atos submetidos à curatela são aqueles relacionados a direitos que a um só tempo sejam patrimoniais e negociais, vale dizer, o direito deve ostentar, cumulativamente, a natureza patrimonial e negocial; ou ii) compreender que os atos submetidos à curatela podem ser aqueles relacionados a direitos de natureza patrimonial, bem como aqueles relacionados a direitos de natureza negocial." (TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Capacidade civil da pessoa com deficiência no Direito brasileiro: reflexões a partir do I Encontro Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad en el Derecho Privado de España, Brasil, Italia y Portugal. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCilvil, Belo Horizonte, v. 15, p. 226, jan./mar. 2018); "Dessa forma, com fundamento nos princípios constitucionais indicados e para atender aos interesses do interdiando, especialmente para fins de sua proteção, a curatela poderá – em caráter excepcional – afetar situações de natureza existencial da pessoa curatela, inclusive no caso de pessoa com deficiência." (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vítor. Art. 85. In: \_\_\_\_ (coords.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 300).

59. "Mostra-se possível, a partir da atenção a todas as minúcias do caso concreto, e interpretação dos dispositivos vigentes, a aplicação da novel legislação também ao caso daqueles que, por enfermidade incurável, não puderem exprimir sua vontade. Embora transformada em relativa a incapacidade que antes era absoluta pela revogada lei, a curatela manterá quase a mesma extensão de representação, sem prejuízo aos interesses da doente. (...) Assim, entendo que a espécie autoriza, na atual conjuntura, seja resguardado à apelante os direitos previstos no § 1º do art. 85, da Lei n. 13.146/2015, mantendo-se a sentença, todavia, inócua quanto aos direitos de natureza patrimonial e negocial, bem como a possibilidade de contrair matrimônio. Isso, porque, o art. 85, § 1º, da Lei nº 13.146/2015 (EPD), deve ser interpretado de forma harmônica e sistêmica com o art. 84, § 3º, do mesmo diploma (curatela proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso)", e com o art. 755 do novo CPC acima transcrito. Lado outro, em face da peculiaridade de ter a apelante uma filha adolescente, ressalvo que a interdição não poderá ser responsável por ela, em hipótese alguma. Dentro desse contexto, uma vez que é possível dar maior extensão à curatela em razão das reduzidas potencialidades restantes à curatela – sem aniquilá-la de modo completo do mundo civil –, a sentença deve ser parcialmente reformada para permitir que a apelante, com exceção dos direitos patrimoniais e negociais, bem como ser responsável por sua filha adolescente ou contrair matrimônio, possa exercer, por si própria, os demais direitos do citado parágrafo 1º. O curador está autorizado a decidir e reger a pessoa da curatela, sem olvidar de sua individualidade e privacidade, que não são alcançados por esta decisão, ainda que, mais adiante, não possa exprimir sua vontade. Esse é um dos intuitos do legislador, manter um mínimo, um reduto de espaço à individualidade e personalidade da pessoa curatela." (TJMG, Ap. Civ. 1.0000.18.032106-9/001, 1ª CC, Rel. Alberto Vilas Boas, julg. 15.8.2018, DJ 20.8.2018)

da sua necessidade e funcionar como meio de ajuda-la a recuperar sua autonomia, se isso for possível. Se esse apoio for desproporcional à necessidade do curatelado – tanto pra menor quanto pra maior – não haverá a verdadeira tutela que concretiza sua dignidade, como ser humano concreto.

#### 6. SITUAÇÕES BIOJURÍDICAS: ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO, INSEMINAÇÃO HETERÓLOGA COM DOADOR ANÔNIMO E EXPERIMENTAÇÃO COM SERES HUMANOS

Especialmente rico em situações problemáticas do ponto de vista das situações jurídicas tradicionais é o campo do chamado Biodireito, que abrange reflexões acerca da tutela jurídica da pessoa frente aos avanços da ciência e da biomedicina.<sup>60</sup> Aqui encontramos diversas hipóteses em que se imiscuem patrimonialidade, liberdade individual e repercussões nitidamente existenciais.

Um primeiro exemplo seria o chamado útero de substituição – também denominada cessão de útero ou gestação substituta –, na qual uma mulher porta um óvulo fertilizado de outra mulher que não é biologicamente capaz ela própria de levar a termo a gravidez. O pacto traz inúmeras repercussões jurídicas, como o eventual conflito positivo de maternidade, que pode se radicalizar na hipótese em que a gestante é também doadora do óvulo.<sup>61</sup>

Em que pese certa resistência, é razoavelmente pacífica a licitude deste negócio jurídico em nosso ordenamento, ao menos na modalidade padrão em que o óvulo não é da própria gestante, uma vez que o pacto traduz um gesto altruísta que atende ao direito à procriação daquela que manifesta o desejo, a escolha pela maternidade, conduzindo ao afeto da criança. Trata-se de ato de boa-fé, respaldado pelo princípio constitucional da solidariedade, não pode deixar de receber tutela jurídica.

A questão ora abordada, todavia, é a eventual patrimonialidade deste pacto. Desde o notório precedente americano *Baby M*, no qual a gestante aceitou a quantia premiada por dificuldades financeiras e depois se recusou a entregar a criança, serviu para consagrar internacionalmente a repulsa ao caráter lucrativo ou comercial da gestação de substituição, vedada, ou ao menos desencorajada, esta prática que ficou

60. Sobre o tema, v. Carlos María Romeo Casabona. O direito biomédico e a bioética. In Carlos María Romeo Casabona e Juliane Fernandes Queiroz (coord.). *Biociência e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 3-41; Judith Martins-Costa. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 3. Rio de Janeiro, ago.-out./2000, p. 64; Heloisa Helena Barboza. Princípios da Bioética e do Biodireito. *Revista Bioética*, vol. 8, n. 2, 2000, p. 210; KONDER, Carlos Nelson. Biodireito. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Boelcho (org.). *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21; Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

61. A respeito destas repercussões, seja consentido remeter a TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In Carlos María Romeo Casabona e Juliane Fernandes Queiroz (coord.). *Biociência e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 309-323; e KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7. Rio de Janeiro, jul.-set./2001, pp. 247-268.

conhecida como "barriga de aluguel".<sup>62</sup> Vale ressaltar aqui o impacto no movimento feminista americano, operando-lhe um cisma: de um lado, contra a proibição da comercialização, argumentava-se que violava o direito das mulheres sobre suas capacidades reprodutivas – Christiane Sistare, se referindo às mulheres que gestaram e entregaram os filhos sem resistência, indagou "are all such women monsters?" –; de outro lado, a favor de Mary Beth, outras feministas argumentavam que as mulheres têm biológica e hormonalmente sentimentos sobre o bebê que estão além da ética machista da análise e do contrato.<sup>63</sup>

No Brasil, a proibição ao caráter lucrativo está consolidada no item VII-2 da resolução n. 2.168 do CFM<sup>64</sup> – que reviu a resolução n. 2.121/2.015 do CFM – e igualmente prevista no substitutivo do PLS 90 (art. 3º, parágrafo único).<sup>65</sup> No entanto, vale ressaltar que, além de se tratar de mera normativa deontológica, outras restrições por ela impostas, como a exigência de parentesco com a gestante substituída, já foram excepcionadas.<sup>66</sup> Resta necessário, portanto, proceder à interpretação do merecimento de tutela do contrato à luz da principiologia constitucional.

Sob o mesmo desafio se encontra a inseminação heteróloga com doador anônimo, conhecida como doação de sêmen. Nestes casos, diante da infertilidade do marido, ou ainda no caso de constituição de famílias monoparentais (mães solteiras) ou de união homossexual, recorre-se a sêmen de terceiro pré-selecionado e desconhecido

62. Sobre o caso, v. Gregory E. Pence. *Classic Cases in Medical Ethics*, 2. ed., New York: McGrawHill, 1995, p. 121-132.

63. PENCE, Gregory E.. *Classic Cases in Medical Ethics*, 2. ed., New York: McGrawHill, 1995, p. 136-137.

64. As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A cessação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.  
65. O PLS 90 inclusive tipifica como crime "participar da prática de prática de útero ou barriga de aluguel" (art. 26), cominando pena de um a três anos de reclusão, e multa. Na prática, tanto no Brasil como nos demais países, esta prática ainda sobrevive ilegalmente.

66. "Miete e Aparecida Fernanda, empregadora e empregada doméstica, viraram mães do mesmo bebê. O Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais, após analisar o perfil psicológico das duas famílias, autorizou Fernanda, que não tem nenhum vínculo familiar com Miete, a emprestar seu útero para possibilitar a maternidade à Miete. O óvulo de Miete foi fecundado com um espermatozoide de seu marido, Dênio. O embrião formado foi implantado no útero de Aparecida. A inseminação artificial foi um sucesso e Michele nasceu no dia 23 de dezembro de 2003. A advogada mineira Miete Peixoto de Melo, de 40 anos, há 15 anos tentava ter um bebê. Ela é portadora de uma doença que a impede de progerir com a gestação. Sensibilizada com o sofrimento de sua empregadora, Aparecida se ofereceu para gestar o bebê. Segundo o médico Paulo Eduardo Behrensa, corregedor do Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais, relator do processo que autorizou a gravidez por substituição, muitos especialistas foram consultados e um amplo perfil das famílias envolvidas foi apresentado pela clínica de reprodução assistida que realizou a inseminação. "O Conselho solicitou a anuência de todos os envolvidos através da assinatura de um termo de responsabilidade que de certa forma protege a mãe biológica de problemas jurídicos no futuro". Em menos de um mês a autorização foi concedida com amplo destaque à proibição de qualquer caráter remuneratório na relação" (Projeto Ghente, disponível em <[http://www.ghente.org/entrevistas/entrevista\\_gravidzsubst.hum](http://www.ghente.org/entrevistas/entrevista_gravidzsubst.hum)>, acesso em 11 fev. 2011).

que é utilizado para fecundar a paciente. O banco de sêmen seleciona os doadores entre os voluntários que se apresentam através de exames médicos; cataloga os perfis destes, que contêm tanto informações médicas e biológicas como psicológicas e civis (mas a identidade do doador permanece em sigilo), e armazena congelado o material colhido.

Não sendo permitida em nosso ordenamento a comercialização de material biológico humano (sangue, esperma, órgãos),<sup>67</sup> a remuneração concedida aos doadores costuma ser disfarçada sob a forma de "compensação pelo inconveniente e tempo perdido".<sup>68</sup> Do mesmo modo, a quantia paga ao banco de sêmen pela clínica que faz a intermediação se refere, supostamente, aos serviços de conservação e informação, nunca ao material biológico. A clínica propriamente dita fica encarregada não só do processo de inseminação, como também de todo o acompanhamento médico da paciente, incluindo exames, tratamento ambulatorial e demais procedimentos. O grande perigo, todavia, é que a remuneração paga à clínica e ao doador possa ser entendida como não dirigida apenas ao serviço em si de implantação, mas à aquisição do próprio material genético. O receio, desta forma, é que seja a remuneração em dinheiro possa impelir sujeitos em situação vulnerável a renunciar atributos da personalidade, propiciando exatamente a mercantilização e instrumentalização da pessoa que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana busca evitar.

Este é também o desafio em um terceiro exemplo de situações biojurídicas: a pesquisa e experimentação com seres humanos. Tendo em vista a tutela prioritária da pessoa humana, diversos fatores serão ponderados para avaliar a possibilidade mesma de realização da pesquisa e o grau de rigidez na exigência do consentimento. Entre estes, podemos destacar: a indispensabilidade da pesquisa, comprovada pela fundamentação em fatos científicos e pela realização de experiências anteriores com animais; a avaliação risco-benefício, que considera se a possibilidade de dano é proporcional à importância do problema, se a possibilidade de sucesso é considerável e sopesa efeitos colaterais e o dispêndio financeiro e técnico; e a relevância social, ou seja, a geração de resultados vantajosos, significativos para a sociedade.<sup>69</sup>

Além disso, é relevante neste contexto a distinção entre o caráter naturalmente experimental da medicina, que impõe ao médico adequar o tratamento às reações individuais do paciente, e a experimentação médica, que busca prioritariamente atingir um conhecimento científico para o melhor tratamento de um determinado

67. CF, art. 199, § 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".

68. A resolução n. 2.168/17 do CFM é expressa ao vedar "caráter lucrativo ou comercial" (item IV-1). O PLS 90, buscando reprimir a fraude, é ainda mais explícito, proibindo "a remuneração e a cobrança por este material, a qualquer título" (art. 8º do substitutivo, art. 6º no inicial). O PL 2061/2003 afirma que "a doação é um ato de solidariedade humana, sendo vedado sua realização com qualquer caráter lucrativo ou comercial" (art. 10, I).

69. Tais princípios da experimentação em seres humanos, enunciados de forma pioneira no Código de Nuremberg, estão explicitados detalhadamente na Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

mal. Em um meio-termo, situa-se a chamada experimentação terapêutica, em que, posto a descoberta de conhecimento científico seja prioritária, o tratamento do paciente vem com ela acoplado.

Neste âmbito, o entendimento em nosso ordenamento era no sentido da vedação de qualquer tipo de contrapartida financeira, uma vez que, mesmo o mais ínfimo pagamento com vistas a compensar a inconveniência e o tempo perdido converte-se em induzimento excessivo em virtude das dificuldades do voluntário que o tornam vulnerável.<sup>70</sup> Desta forma, entende-se que, se no caso da experimentação terapêutica ou do caráter experimental da medicina a perspectiva do benefício do paciente já é um elemento desestabilizador da liberdade, em especial na pesquisa não terapêutica deve ser rigoroso o controle da liberdade individual do voluntário.

Neste sentido, vem sendo proibida em grande parte do mundo, por exemplo, a pesquisa não-terapêutica<sup>71</sup> com detentos. Estes eram muito requisitados por cientistas, não apenas em virtude da regularidade de seus hábitos (dieta controlada, atividades uniformes e um regime diário que garantiam uma avaliação mais fidedigna)<sup>72</sup>, mas principalmente pela pouca preocupação da sociedade com a proteção de sua dignidade.<sup>73</sup> Contudo, salvo poucas opiniões em contrário<sup>74</sup>, tem prevalecido o entendimento de que é impossível salvaguardar uma verdadeira autonomia do preso, uma vez que, privado da sua liberdade, encontra-se excessivamente suscetível a pressões e benesses — a mera quebra da autonomia já é um incentivo.<sup>75</sup>

70. Nos Estados Unidos, onde a compensação financeira é permitida, formam-se verdadeiras indústrias de busca de "voluntários", como revela o editorial do *The New York Times* de 22 de Maio de 1999, intitulado "Patients for Hire, Doctors for Sale": "People go to doctors because they assume the doctor will tell them what they need to do to stay healthy or get well. But in articles published in *The Times* on Sunday and Monday, the reporters Kurt Eichenwald and Gina Kolata have opened the door on a practice of medicine that few of us knew existed — a warped world in which patients have become commodities, lured into research projects for the profit of their doctors. In pushing to create a supermarket of new pills, the pharmaceutical industry has created a frantic competition for patients on whom new drugs must be tested before they can be approved. A bounty system has evolved in which doctors are paid by drug companies to enroll research subjects with certain kinds of problems: \$1,200 from Bayer for a patient with vaginitis; \$2,955 from Merck for one with hypertension; \$4,410 from SmithKline Beecham for a willing diabetic". Na internet em <http://www.researchprotection.org/COI/COI.html>, acessado em 23/10/02. Disponível em <https://www.nytimes.com/1999/05/22/opinion/patients-for-hire-doctors-for-sale.html>. Acesso em 08.11.2018.

71. Contudo, não se deve privar os prisioneiros com doenças graves ou em risco do acesso a medicamentos experimentais (diretriz 7 para pesquisa em seres humanos do Conselho Internacional de Ciências Médicas em conjunto com a Organização Mundial de Saúde, CIOMS-OMS).

72. VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 147-148.

73. É marcante a frase William D. Fletcher, do Central Indiana Hospital for the Insane, em 1903, que sugeriu a compra de prisioneiros chineses para realizar experiência, uma vez que estes seriam "mais baratos que chimpanzés" (*apud* José Roberto Goldim. Pesquisa em prisioneiros. Disponível em <http://www.ufmg.br/HCPA/gppg/textos.htm>, acessado em 24/10/00).

74. Andrew C. Varga, por exemplo, entende que, apesar de tudo, ainda é possível instituir meios para garantir uma autonomia do preso nesta escolha (*op. cit.*, p. 148).

75. Como afirma Sérgio Ferraz: "Temos, por isso, por inadmissíveis tais experimentos em detentos, loucos etc., até porque está em jogo, inclusive, o próprio princípio da isonomia, sendo, ademais, cabível nutrir total desconflança quanto à validade do consentimento de quem da liberdade já foi privado" (*Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, *apud* Genival Veloso França. *Comentários ao código de ética médica*. Rio de Janeiro: Guanabara, 2000, p. 171). Neste sentido

No sentido inverso, passa-se a levar em consideração o consentimento dos incapazes, dentro dos limites de suas possibilidades. A discussão quanto à relevância do consentimento da criança<sup>76</sup> é reveladora de como o consentimento no biodireito não se adstringe à dicotomia capaz-incapaz. Embora a Declaração de Helsinque ainda o considere apenas um acréscimo recomendável, supérfluo de acordo com a legislação interna (item I.11), a evolução tem se direcionado no sentido de sua cada vez maior relevância<sup>77</sup>. A importância da dignidade humana também se explicita nos casos de pacientes impossibilitados de consentir, como pacientes inconscientes, fetos e recém-nascidos.<sup>78</sup> Em tais situações, ainda mais importante do que o consentimento do representante legal é que o tratamento em questão seja indispensável para garantir o benefício direto da saúde do paciente.<sup>79</sup>

Desse modo, o consentimento daquele que se submeterá a experiências científicas, além de ter que revestir a forma de consentimento livre e esclarecido, tem seu âmbito de relevância limitado em virtude do objeto da experiência e das características mesmas do paciente. Ele não terá o condão de tornar legítimo o procedimento de pesquisa em diversas situações que o ordenamento reputa o experimento por demais arriscado ou o sujeito excessivamente vulnerável para situar o caso dentro da esfera de sua livre disposição.

Para reforçar a discussão, em 2012, foi editada a Resolução 466 pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), a quem compete aprovar normas sobre ética em pesquisas envolvendo seres humanos. Não obstante o arcabouço normativo no sentido de estabelecer gratuidade para a participação em pesquisas, criou-se uma exceção para

também Léo Meyer Coutinho. *Código de ética médica comentado*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 138. Sobre o assunto, v., por todos, Cláudio Cohen e Emílio José de Augustinis. É possível a autonomia do sentenciado no sistema penitenciário?. In: *Revista Bioética*, vol. 6, n. 1, 1998. Disponível em, em <http://www.cfm.org.br>, acessado em 15/10/02. Todavia, vale observar que a Resolução 196/96 se limita a exigir, nesses casos, uma particular garantia da liberdade de consentimento (item IV.3 b).

76. Histórico, neste sentido, o debate entre, de um lado, Richard McCormick, do Kennedy Center of Bioethics (Georgetown University, Washington), que defendia que os pais podem consentir e presumir o consentimento das crianças porque, como membros da comunidade, aceitarão a pesquisa em seu benefício, se não houver riscos evidentes e, de outro lado, Paul Ramsey (de Princeton) contra, pois configuraria uma ameaça à proteção das crianças, sem razão moral que a fundamente. Cf. Andrew C. Varga, *op. cit.*, p. 146.

77. Neste sentido, defendem a obtenção do consentimento da criança "na medida de sua capacidade" (aqui entendida em sentido extra-jurídico) e o respeito a sua recusa, salvo quando não houver outra alternativa médica viável, a 5ª Diretriz ética internacional para a pesquisa em seres humanos (CIOMS-OMS), o item IV.3.a da Resolução 196/96 do CNS e o art. 6º, n. 2, da Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina da Europa, de 1997, em vigor desde 1999.

78. No tocante aos recém-nascidos, o caso Baby Fac, em outubro de 1984, mobilizou a opinião pública americana: recém-nascida com uma síndrome cardíaca que prejudicava o bombeamento de sangue (HLHS), o médico Leonard Bailey realizou um transplante experimental de um coração de um babuíno. Apesar das melhoras iniciais, no mês seguinte o bebê começou a mostrar os primeiros sinais de rejeição, vindo a morrer em 15 de novembro daquele ano. Cf. PENCE, Gregory E., *op. cit.*, pp. 314 e ss.

79. Neste sentido, o art. 57 do Código de Ética Médica, e o art. 17, n. 2, da Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina do Conselho da Europa, de 1997, em vigor desde 1999.

as pesquisas clínicas de fase I<sup>80</sup> ou de bioequivalência, ao admitir-se a participação remunerada de indivíduo que, de forma esclarecida e voluntária, ou sob o esclarecimento e autorização de seu(s) responsável(is) legal(is), aceita ser pesquisado.

Essa iniciativa tem sido objeto de críticas,<sup>81</sup> em face da barreira imposta pelo art. 199, §4º da Constituição Federal, bem como as Leis nº 9.434/1997 (disciplina a doação de órgãos e tecidos) e 10.205/2001 (disciplina a coleta, o processamento, a estocagem, a distribuição e a aplicação do sangue, seus componentes e derivados).

## 7. CONCLUSÃO

Diante da complexidade das relações sociais e do ordenamento jurídico, que busca não apenas jurisdicionar hipóteses do mundo da vida, mas também interferir na vida cotidiana com a finalidade de emancipar as pessoas, na esteira da personalização do direito civil, transformou-se o modo de analisar o Direito, que não se prende mais apenas na relação jurídica abstrata, mas que busca analisar o fato inserido na norma, o recorte normativo ante a realidade, o que denominamos de situação jurídica subjetiva, que pressupõe o diálogo entre fato e norma, para além da triade sujeito, objeto e liame.

A separação entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais é de todo relevante, por ser definidora do regime jurídico aplicável. Tal classificação – que não chega a ser dicotômica, mas complementar, sob a análise sistêmica do ordenamento jurídico – faz-se sob o aspecto funcional, por ser esta a perspectiva que, metodologicamente, melhor atende aos ditames propostos pelo Direito Civil-Constitucional, embora as situações possam ser qualificadas a partir de perfis diversos, o que provoca o risco de, nem sempre, conduzir ao mesmo resultado. A análise que se propôs foi focar a problemática da função dessas situações, com o escopo de se buscar a disciplina aplicável, a fim de se implementar uma normativa coerente com a principiologia constitucional.

Constata-se que inúmeras hipóteses da vida concreta, a partir do diálogo fato e norma, estão em uma zona de obscuridade, de modo a dificultar a classificação em existenciais ou patrimoniais. Por isso, faz-se essencial a busca da funcionalidade concreta e casuística que exerce naquele recorte fático: se realiza direta e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade, trata-se

80. De acordo com a Resolução da CNS 251/1997, fase I é "o primeiro estudo em seres humanos em pequenos grupos de pessoas voluntárias, em geral saudáveis, que se tem como objeto um novo princípio ativo, ou nova formulação. Estas pesquisas se propõem estabelecer uma evolução preliminar da segurança e do perfil farmacocinético e quando possível, um perfil farmacodinâmico (subitem II.1)".

81. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *A responsabilidade civil como instrumento de proteção à pessoa humana nos ensaios clínicos*. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro; BARBOZA, Heloisa Helena; ALBUQUERQUE, Aline. Remuneração dos participantes de pesquisas clínicas: considerações à luz da Constituição. Rev. bioet. (Impr.). 2016; 24 (1): 29-36. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n1/1983-8034-bioet-24-1-0029.pdf>. Acesso em 09 out. 2018.

de situação existencial; se a realização da dignidade humana é mediata, visando, em primeiro plano, a efetivação da livre iniciativa, trata-se de situação patrimonial.

Com o escopo de se verificar o tratamento jurídico dessas situações duplas e demonstrar quão fronteiriças podem ser algumas delas que dificultam sua qualificação, optamos por analisar exemplos de situações personalíssimas, familiares e biojurídicas, indicando-as como exemplos das controvérsias que ainda aguardam solução.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.
- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade de pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Art. 85. In: \_\_\_\_ (coords.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Forum, 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALBUQUERQUE, Aline. Remuneração dos participantes de pesquisas clínicas: considerações à luz da Constituição. Rev. bioet. (Impr.). 2016; 24 (1): 29-36. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n1/1983-8034-bioet-24-1-0029.pdf>. Acesso em 09 out. 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas?* São Paulo: Bertrand Brasil, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- EPSTEIN, Caroline. *Morals clauses: past, present and future*. *Journal of intellectual property and entertainment law*, vol. 5, n. 1, p. 72-106.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 6: Famílias, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRANDO, Gilda. *Autonomia privada e rapporti familiari*. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 654, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.
- KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KONDER, Carlos Nelson. Biodireito. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- KRESSLER, Noah B. *Using the moral clause in talent agreements: a historical, legal and practical guide*. *Colum. J. L. & Arts*, n. 29.
- LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 12, p. 37-57, abr./jun. 2017.
- LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 27. Rio de Janeiro: jul./set. 2006.
- MADALENO, Rolf. O direito adquirido e o regime de bens. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Nota Dez, n. 348, 2006.

- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MIKEVIS, Dayanne. Ministério Público apura se houve tortura no quarto branco do "BBB", disponível em <<https://m.folha.uol.com.br/ilustrada/2009/02/500009-ministerio-publico-apura-se-houve-tortura-no-quarto-branco-do-bbb.shtml>>, acesso em 06 out. 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In Maria Celina Bodin de Moraes (org.), *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- PENCE, Gregory E.. *Classic Cases in Medical Ethics*, 2. ed.. New York: McGrawHill, 1995.
- PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *A responsabilidade civil como instrumento de proteção à pessoa humana nos ensaios clínicos*. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro.
- PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, tomo II, 3. ed. Napoli: ESI, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. Depatrimonializzazione e diritto civile. *Scuole, tendenze e metodi*. Napoli: ESI, 1989.
- RODRIGUES, Thayná. MPF de São Paulo investiga programa 'A casa', da RecordTV, disponível em <<http://extra.globo.com/tv-e-lazer/mpf-de-sao-paulo-investiga-programa-casa-da-recordtv-21539026.html>>, acesso em 06 out. 2018.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- TEIXEIRA, Daniele Chaves. *A tutela da privacidade e seus limites*. Dissertação de mestrado defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2008, 155 págs.
- TEPEDINO, Gustavo. Controversias sobre o regime de bens no novo código civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, fev./mar. 2008, ano IX, n. 2. Belo Horizonte: Magister, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.
- TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional, *Revista Trimestral de Direito Civil* (Editorial), n. 13. Rio de Janeiro, jan./mar. 2003.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Capacidade civil da pessoa com deficiência no Direito brasileiro: reflexões a partir do I Encontro Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad en el Derecho Privado de España, Brasil, Italia y Portugal, *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 226, jan./mar. 2018.
- VARGA, Andrew C.. *Problemas de bioética*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.
- SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. *Diálogos sobre direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- WALZER, Michael. *Esferas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

## OUTORGA CONJUGAL E AVAL NO CASAMENTO

Ana Carla Harmatnik Matos

Mestre e Doutora pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Humano pela Universidad Internacional de Andalucía. Tutora Direito na Universidade di Pisa - Itália. Professora na Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil e Direitos Humanos. Advogada. Diretora da Região Sul do IBDfam. Vice-Presidente do IBDcivil.

Jacqueline Lopes Pereira

Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela ABDConst. Professora da Faculdade de Pinhais (FAP). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico (UFFPR). Pesquisadora Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Direito Internacional Privado em Hamburgo, na Alemanha.

Sumário: 1. Introdução – 2. Outorga conjugal e a esfera patrimonial da relação familiar – 3. A necessidade de autorização judicial para a prestação de aval – 4. Anulatória do aval prestado e julgados do Superior Tribunal de Justiça – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas

### 1. INTRODUÇÃO

A outorga conjugal é instituto jurídico com origem no direito de família clássico e tem por finalidade proteger o patrimônio comum nos casos em que um dos cônjuges pratica um ato jurídico que repercutir nessa esfera. Essa proteção deve ser compreendida em leitura unitária do sistema jurídico e tendo como ponto nodal os valores constitucionais, dentre eles, a igualdade substancial.

A exigência de outorga conjugal na hipótese de prestação do aval por um dos cônjuges é o objeto principal do presente estudo e, desde logo, se anuncia como tema que desperta discussões na literatura jurídica especializada e nos tribunais brasileiros.

Essa questão se estabilizou a partir da vigência do Código Civil de 2002, pois o diploma passou a exigir a outorga uxória ao cônjuge que avalizar obrigação prevista em título de crédito no mesmo dispositivo em que prevê a autorização relativa à garantia por fiança (art. 1.647, inciso III).

A inclusão do aval nesse contexto não foi bem recepcionada por parte da doutrina, que compreende que a dinâmica e circularidade dos títulos de crédito se descaracterizaria se exigida a autorização do cônjuge como elemento de validade