



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**  
**CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**IVO EMANUEL DIAS BARROS**

**O TESTAMENTO VITAL COMO POSSIBILIDADE DE LIVRE**  
**DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA NA ESFERA NEGOCIAL**

**SOUSA-PB**  
**2023**

**IVO EMANUEL DIAS BARROS**

**O TESTAMENTO VITAL COMO POSSIBILIDADE DE LIVRE  
DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA NA ESFERA NEGOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA-PB  
2023

B277t

Barros, Ivo Emanuel Dias.

O testamento vital como possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial / Ivo Emanuel Dias Barros. – Sousa, 2023.

78 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2023.

"Orientação: Profa. Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa".

Referências.

1. Direito Civil – Teoria Geral. 2. Negócios Jurídicos Existenciais. 3. Testamento Vital. 4. Personalidade Humana. 5. Direito Subjetivo. I. Barbosa, Maria dos Remédios de Lima. II. Título.

CDU 347.1(043)

**IVO EMANUEL DIAS BARROS**

**O TESTAMENTO VITAL COMO POSSIBILIDADE DE LIVRE  
DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA NA ESFERA NEGOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: 06/11/2023.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa  
Orientadora – CCJS/UFCG

---

Profa. Dra. Emília Paranhos Santos Marcelino  
Examinadora – CCJS/UFCG

---

Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira  
Examinador – CCJS/UFCG

*Os conceitos, categorias e institutos só fazem sentido se visarem à decidibilidade dos conflitos. Inovar por inovar não contribui para esse objetivo nem desenvolve a ciência. Tampouco é produtiva a tendência de tantos em subsumir problemas novos nas categorias já assentadas, elevando-se o grau de abstração e generalidade.*

***Paulo Luiz Netto Lôbo***

## RESUMO

As recentes transformações pelas quais passou a sociedade acabaram por trazer para o Direito novos desafios até então não projetados pela ciência jurídica, desafiando estruturas e institutos seculares. Nesse sentido, conceitos como direito subjetivo e relação jurídica passam a colidir com novas situações que emergem no meio social, as quais, muito embora não possuam previsão normativa expressa, reclamam do Direito pela necessidade de valoração e solução condizente. E é a partir destas premissas que surge o presente trabalho, cuja investigação está centrada na seguinte indagação: o negócio jurídico pode ser considerado como um meio capaz de a pessoa humana desenvolver livremente sua personalidade? Tal questionamento surge em meio à clássica observação da estrutura de negócio jurídico, que pressupõe a existência de um direito subjetivo. Diante disso, esta pesquisa se propôs a investigar a possibilidade de haver um direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial, a partir da situação específica do testamento vital, negócio jurídico de caráter existencial. A fim de analisar a questão-problema e, por conseguinte, concretizar o objetivo a que se propõe, propôs-se utilizar do que, inicialmente, fora denominado de “*novos paradigmas do Direito Civil*”, a partir do conceito de “*paradigma*” proposto por Thomas Kuhn em sua obra “*A Estrutura das Revoluções Científicas*” e amplamente utilizados nos variados campos do saber científico. Do ponto de vista metodológico, fora empregado o método de abordagem dedutivo, além das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com recorrência à legislação e, em especial, a artigos científicos revisados por pares e indexados em bases de dados, além de marcos teóricos tidos como essenciais à construção do trabalho, tratando-se, nesse sentido, de uma pesquisa qualitativa, em razão da análise subjetiva dos dados empreendidos na investigação. Ao final, pôde-se constatar que o testamento vital, além de ser considerado um negócio jurídico de natureza existencial, também é um espaço capaz de se exteriorizar os direitos relativos à personalidade, conduzindo a um raciocínio que leva a crer que os negócios jurídicos podem funcionar como um meio de livre desenvolvimento da personalidade humana, com efeito. Esta perspectiva, vale dizer, vem à lume das novas transformações pelas quais se assenta o Direito Civil na atualidade, que não mais se funda tão só em uma lógica de prioritária proteção ao patrimônio, mas como vetor apto a captar a dimensão axiológica do sistema, cujo foco central está na prioritária proteção conferida à pessoa.

**Palavras-chave:** Negócios jurídicos existenciais. Testamento vital. Personalidade humana. Direito subjetivo. Situações jurídicas subjetivas.

## ABSTRACT

The recent transformations that society has undergone ended up bringing new challenges to Law that were not previously projected by legal science, challenging secular structures and institutes. In this sense, concepts such as subjective law and legal relationship start to collide with new situations that emerge in the social environment, which, although they do not have an express normative provision, demand Law for the need for valuation and a suitable solution. And it is from these premises that the present work arises, whose investigation is centered on the following question: can the legal transaction be considered as a means capable of the human person freely developing their personality? This question arises amidst the classic observation of the structure of legal transactions, which presupposes the existence of a subjective right. In view of this, this research proposed to investigate the possibility of there being a right to the free development of the human personality in the business sphere, based on the specific situation of the living will, a legal transaction of an existential nature. In order to analyze the problem-question and, therefore, achieve the objective it proposes, it proposed to use what, initially, was called “new paradigms of Civil Law”, based on the concept of “paradigm” proposed by Thomas Kuhn in his work “The Structure of Scientific Revolutions” and widely used in various fields of scientific knowledge. From a methodological point of view, the deductive approach method was used, in addition to bibliographic and documentary research techniques, with reference to legislation and, in particular, scientific articles reviewed by peers and indexed in databases, in addition to theoretical frameworks considered as essential to the construction of the work, being, in this sense, a qualitative research, due to the subjective analysis of the data undertaken in the investigation. In the end, it could be seen that the living will, in addition to being considered a legal transaction of an existential nature, is also a space capable of externalizing rights relating to personality, leading to reasoning that leads us to believe that legal transactions can function as a means of free development of the human personality, in effect. This perspective, it is worth saying, comes to the fore of the new transformations on which Civil Law is based today, which is no longer based solely on a logic of priority protection of heritage, but as a vector capable of capturing the axiological dimension of the system, whose central focus is on the priority protection afforded to the person.

**Keywords:** Existential legal business. Living will. Human personality. Subjective law. Subjective legal situations.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 PESSOA <i>versus</i> PATRIMÔNIO: transformações do Direito Civil contemporâneo</b> ...	<b>13</b>
2.1 Entre crises e rupturas: uma compreensão acerca do espaço do paradigma no Direito ....	13
2.2 Da proteção ao patrimônio à tutela da personalidade: investigação em torno das bases do Direito Civil contemporâneo .....	19
2.3 Direito Civil e proteção à pessoa: as situações jurídicas existenciais e o livre desenvolvimento da personalidade humana .....	29
<b>3 EXISTENCIALIDADE HUMANA NO ÂMBITO NEGOCIAL: o advento dos negócios jurídicos existenciais</b> .....	<b>36</b>
3.1 Direito negocial: delineamentos introdutórios e teoria geral clássica .....	36
3.2 Entre a pessoa e o patrimônio: o estabelecimento de uma necessária dicotomia na classificação dos negócios jurídicos .....	40
3.3 Negócios jurídicos existenciais e personalidade humana: um diálogo entre autodeterminação e negociabilidade.....	45
<b>4 O TESTAMENTO VITAL E O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA</b> .....	<b>50</b>
4.1 Testamento vital: tecendo considerações gerais .....	51
4.2 O testamento vital como expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial .....	58
4.3 Personalidade e autodeterminação: é possível se falar em uma limitação voluntária aos direitos de personalidade no caso do testamento vital?.....	63
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>77</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A clássica concepção de negócio jurídico impõe uma leitura que o limita meramente a uma perspectiva patrimonial. Não raro é encontrar definições de negócio jurídico como sendo uma manifestação de vontade destinada a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de caráter patrimonial, como alude determinada parte da doutrina civilista. Tal concepção, segundo Marquesi e Martins (2016), resulta de uma visão tradicional, ainda ligada às bases de um Direito Civil clássico, que influenciou sobremaneira as codificações do século XIX, bem como do século XX.

Nesse sentido, o ideal de um Direito Civil galgado em uma ideia essencialmente patrimonial por muito tempo se fez presente nas codificações privadas. No caso específico do Brasil, após tentativas que perduraram por décadas, o primeiro Código Civil é promulgado em 1916, com vigência a partir do ano seguinte, em meio a um contexto que perpassou por inúmeras controvérsias e disputas. Sua ascensão se deu em meio a um espaço que entrecruzava os interesses de uma burguesia ainda incipiente conjugada aos interesses oligárquicos, que detinham, então, o poder político e econômico.

A concepção estritamente patrimonialista vinculada à clássica teoria do negócio jurídico põe em relevo o fato de o aspecto imediatamente patrimonial ainda ser um fator evidentemente marcante e levado em consideração sobremaneira no que diz respeito ao campo de atuação do Direito Civil. Contudo, é forçoso reconhecer que as linhas interpretativas do Direito Civil na atualidade não mais se restringem tão só à imperativa proteção do patrimônio. Isso se deve ao fato que, desde o século passado, significativas mudanças vêm sendo operadas no mundo jurídico e, por conseguinte, impactando diretamente na atuação e interpretação do Direito Civil.

À luz de tais mudanças, o Direito Civil, de uma tradição marcadamente patrimonialista, passa a se preocupar diretamente com a autorrealização e o livre desenvolvimento da personalidade. Tal fenômeno demonstra o cada vez mais tendente processo de Personalização do Direito Civil, que se propõe a considerar a pessoa em uma perspectiva ontológica, sendo possível observar um verdadeiro paradigma de primazia pela proteção da personalidade humana (Moraes, 1993).

Tendo em vista a mutação de paradigmas no contexto do Direito Civil e a tradicional limitação da teoria do negócio jurídico a um aspecto estritamente patrimonial, surge, nesse contexto, a seguinte indagação: o negócio jurídico pode ser considerado como um meio capaz de a pessoa humana desenvolver livremente sua personalidade?

À vista disso, muito embora alguns juristas considerem o aspecto patrimonial como determinante para situar os negócios jurídicos na linha de atuação da teoria geral do negócio jurídico, bem como do próprio Direito Civil, conforme já mencionado, importa aludir as lições de Engelmann, Basan e Helgera (2020, p.33), os quais aduzem que: “o Direito, sem o devido “contexto”, é mero “texto” normativo, ilhado no mar de normas”, o que implica dizer que a limitação do negócio jurídico ao aspecto meramente econômico ignora a realidade que se projeta no contexto social, político, histórico e econômico atual, em que cada vez mais situações existenciais ganham espaço na sociedade e a ciência jurídica, uma vez relegando a um segundo plano estas situações, como o caso dos negócios jurídicos existenciais, acabam por incorrer no perigo de ignorar e deixar à margem paradigmas que surgem no mundo contemporâneo e que reclamam do Direito soluções condizentes à realidade social.

Diante disso, a presente pesquisa surge com o propósito de investigar a possibilidade de haver um direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial, a partir da situação específica do testamento vital, negócio jurídico de caráter existencial. Adota-se, nesse sentido, como argumento inicial, que a possibilidade de um livre desenvolvimento da personalidade no campo da negociabilidade, tradicionalmente destinado a uma prioritária proteção de interesses patrimoniais, se dá em razão dos novos cânones que orientam a atividade interpretativa do Direito Civil na atualidade, que expandem o seu campo de atuação e passam a inseri-lo dentro de um espaço destinado à autorrealização da pessoa.

Quanto aos objetivos específicos, estes estão delineados em: (i) entender a relação histórica, social e jurídica em que se assenta a construção de paradigmas no campo do Direito Civil, com o objetivo de identificar suas linhas interpretativas na atualidade, com especial foco no que diz respeito à proteção da pessoa humana; (ii) examinar a categoria dos negócios jurídicos existenciais sob a ótica da clássica teoria geral do negócio jurídico e, a partir disso, delinear uma dicotomia dos negócios jurídicos entre existenciais e patrimoniais, a fim de reconhecer a necessidade de parâmetros interpretativos distintos; (iii) analisar o testamento vital enquanto espécie de negócio jurídico de natureza existencial, com o objetivo de compreender seus fundamentos e limitações e, assim, se chegar à verificação da possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial pelo instituto.

Dentro da discussão que se segue, é de se mencionar que esta pesquisa se reveste de significativa relevância teórico-pragmática nos campos jurídico e social, ao possibilitar que, a partir de uma leitura atual dos negócios jurídicos, em especial aqueles de natureza existencial, seja possível viabilizar, a partir de cada pessoa individualmente considerada e na medida de suas respectivas necessidades, o desenvolvimento da personalidade humana em um campo de

atuação que tradicionalmente é destinado a tutelar situações patrimoniais. Com isso, visa ampliar e trazer contribuições ao debate em torno dos negócios jurídicos existenciais, auxiliando as discussões doutrinárias e a *práxis* jurídica em relação à temática.

Diante de todo o exposto, vale dizer, ainda, que este trabalho vem à lume dos novos paradigmas que orientam a atividade interpretativa do Direito Civil, buscando se trazer a leitura do negócio jurídico, visto tradicionalmente sob uma perspectiva estática, a partir de um conceito dinâmico e suscetível de se amoldar à nova realidade que se projeta no mundo atual, que demanda do Direito respostas eficazes e condizentes com a realidade social.

Metodologicamente, esta pesquisa será enfrentada a partir de uma análise qualitativa de dados, tendo em vista que o método de análise dos dados contidos no estudo se dará de forma subjetiva, se preocupando tão somente com o aspecto qualitativo, isto é, a investigação se prestará a entender o fenômeno do testamento vital como expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial; diferentemente, nesse sentido, da pesquisa quantitativa, que se presta a uma análise detida em termos numéricos, objetivando demonstrar padrões de comportamento e perfis de um determinado sistema, por exemplo, o que não se amolda, neste último caso, ao desenho metodológico deste trabalho.

Dito isto, no que toca o método de abordagem, destinado à responder a questão-problema - se os negócios jurídicos existenciais podem servir de espaço para o livre desenvolvimento da personalidade humana à luz dos atuais paradigmas interpretativos do Direito Civil -, será utilizado o método dedutivo, que partirá da questão geral relativa a uma análise dos negócios jurídicos existenciais sob a ótica das linhas interpretativas do Direito Civil na atualidade para a questão particular do testamento vital enquanto expressão desta nova atividade hermenêutica em que se assenta o Direito Civil, para, assim, se chegar às respectivas conclusões em face do objeto de investigação.

Quanto à técnica de pesquisa, será empregada a técnica bibliográfica, uma vez que serão utilizadas, primordialmente, fontes bibliográficas para a coleta de dados feitas neste estudo, fazendo uso, especialmente, de artigos científicos revisados por pares e indexados. Além disso, também serão utilizadas teses, dissertações e doutrina especializada em relação ao objeto de pesquisa, ainda que em menor quantidade em relação aos artigos, com o objetivo de complementar o estudo e possibilitar verificar qual o caminho teórico-dogmático em que obras relacionadas ao objeto de investigação estão seguindo a partir de uma visão crítica.

É de se mencionar, ainda, que optou-se, no âmbito do presente trabalho, se utilizar de marcos teórico-metodológicos em relação à temática abordada tidos como obras essenciais à leitura e compreensão dos fenômenos aqui contidos, os quais versam sobre questões afetas ao

Direito Civil-Constitucional, à construção de paradigmas na ciência, aos direitos de personalidade, à teoria geral do negócio jurídico e afins.

O método de procedimento, por sua vez, - que está intimamente relacionado com o enfrentamento do problema-chave para que se possa chegar aos resultados alcançados, isto é, ligado diretamente às etapas de investigação - será o método histórico, uma vez que, ao longo do estudo, se procurará investigar o Direito Civil a partir de uma ótica fundada em uma concepção historicamente construída enquanto expressão de ideais políticos, filosóficos e sociais. A partir disso, poderá situar quais os paradigmas atuais que influenciam o Direito Civil e, assim, procurar conformar o testamento vital como expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana à luz de tais concepções.

Ainda no que toca o desenho metodológico presente neste estudo, é importante destacar que o conceito de paradigma, inicialmente proposto como marco orientador para se analisar o objeto de investigação ora em questão, será aquele utilizado por Thomas Kuhn em sua obra “*A Estrutura das Revoluções Científicas*”, tendo em vista sua larga utilização nos mais variados campos do saber, a fim de analisar sua adequação às ciências humanas e sociais, em especial a jurídica, a partir da proposta de aplicação aos fenômenos ocorridos no Direito Civil. Para tanto, serão utilizados artigos científicos revisados por pares e indexados, que versem sobre o conceito de Thomas Kuhn, para fins de utilização como aporte teórico-metodológico na presente investigação.

Por fim, o presente trabalho está estruturado em três capítulos, iniciando-se com discussão relativa às bases históricas do Direito Civil, com análise acerca dos paradigmas que o orientaram durante séculos até àqueles presentes na atualidade; passando-se, logo em seguida, para um estudo relativo à categoria dos negócios jurídicos existenciais sob a perspectiva da teoria geral do negócio jurídico e dos novos paradigmas do Direito Civil na atualidade; e, por fim, trazendo-se uma investigação acerca do diálogo entre o testamento vital e o livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial.

## **2 PESSOA *versus* PATRIMÔNIO: transformações do Direito Civil contemporâneo**

Concebido tradicionalmente dentro de uma estrutura cujo espaço constitui, tipicamente, terreno fértil para o desenvolvimento da autonomia da vontade de cada pessoa, o Direito Civil se prestou, durante muito tempo, a uma prioritária proteção do patrimônio. Sua tutela voltava-se, especialmente, para situações de cunho estritamente patrimonial, pouco regulando sobre a proteção à pessoa considerada em si mesma e os direitos daí decorrentes.

Tal afirmação, contudo, não pode ser lida de forma restrita e limitada. O espaço de atuação de um Direito Civil de caráter eminentemente patrimonial vem à lume dentro de um contexto de intensas questões sociais, políticas e econômicas. Não há como se olvidar seu espaço de atuação sem levar em consideração todo o contexto no qual fora concebido, legitimado e reproduzido.

Muito embora ainda se preste a regular situações e interesses de natureza patrimonial, o Direito Civil, na atualidade, ganhou novas feições. A este espaço, passou-se a somar questões atuais, surgidas em meio a intensas transformações paradigmáticas que reclamam do Direito soluções condizentes aos dilemas projetados no meio social. Passando por questões que vão desde a engenharia genética à inteligência artificial, o Direito experimenta um processo de rupturas e crises em relação a tradicionais estruturas e institutos que não se mostram, em suas clássicas concepções, em geral, capazes de atender aos anseios sociais, seja pela inutilidade, seja pela inadequação aos novos reclames da sociedade.

Diante disso, o Direito Civil, no contexto da sociedade contemporânea, se insere dentro de um espaço marcado por profundas alterações e, por conseguinte, com linhas interpretativas que tendem a refletir as novas necessidades impostas pela vida em sociedade. Em razão disso, importante se faz elucidar alguns pontos necessários à discussão ora proposta no presente trabalho, como o espaço do paradigma na ciência do Direito, bem como se realizar uma necessária digressão às bases estruturantes do Direito Civil, a fim de compreender seu atual estágio no cenário jurídico-social contemporâneo e as questões paradigmáticas em torno de sua estrutura e atuação.

### **2.1 Entre crises e rupturas: uma compreensão acerca do espaço do paradigma no Direito**

Não raro é encontrar o conceito de paradigma em dicionários como sendo sinônimo de modelo, padrão ou exemplo para algo a ser seguido. Essa definição, vale dizer, é comumente utilizada no âmbito do senso comum; contudo, no campo científico, o conceito ora em questão

assume um sentido técnico, dotado de complexidade e densidade, principalmente pelo fato de o cientista Thomas Kuhn tê-lo utilizado e escrito a seu respeito na obra “*A Estrutura das Revoluções Científicas*”.

Dentro da discussão que se segue, é de inteira relevância mencionar que a conceituação de paradigma trazida por Thomas Kuhn fora por ele utilizada em um campo de aplicação que compreende as ditas ciências naturais, como demonstrado por Rodrigues e Grubba (2011). Em razão disso, sua aplicação ao Direito deve partir de uma análise pormenorizada e atenta, a fim de verificar se é possível a utilização do conceito de paradigma proposto por Kuhn no campo jurídico. Para se chegar à concreção de tal objetivo, ponto central deste tópico, algumas digressões são necessárias, a fim de situar e contextualizar a discussão.

A primeira delas, vale mencionar, diz respeito ao fato de o conceito de paradigma, aplicado por Thomas Kuhn às ciências naturais e físicas, partir de um pressuposto ao qual o estudioso denomina de comunidade científica. Esta expressão compreenderia, em suma, “[...] o conjunto dos cientistas que praticam uma especialidade da ciência, munidos de similar iniciação profissional e educação técnica, assim como limitados por um objeto de estudo [...]” (Rodrigues; Grubba, 2011, p.3).

A definição anteriormente exposta assume um papel de inteira relevância para a compreensão e caracterização do conceito de paradigma proposto por Kuhn em razão do padrão de racionalidade tendente a ser assumido em determinada comunidade científica quando da discussão em torno de situações e problemas, de modo que cada uma destas comunidades são responsáveis por propor respostas e soluções satisfatórias às questões-problema por ela formuladas, constituindo verdadeiro espaço coletivo de desenvolvimento da ciência (Rodrigues; Grubba, 2011).

Nesse sentido, quando dentro de uma determinada comunidade científica passa-se a experimentar um processo de anomalias dentro de um contexto da chamada “ciência normal”, isto é, aquela ciência de caráter estável e que ocorre, justamente, entre as mudanças de paradigma na ciência, passa-se a reclamar pela necessidade de mutação paradigmática. Durante essa fase dita de “ciência normal”, os cientistas caminham dentro de uma concepção de paradigma já estabelecido, a partir de uma compreensão comum de regras e conceitos científicos, se concentrando na resolução de problemas que surgem em meio a esse paradigma justamente já estabelecido e de compreensão comum, daí porque se fala em um caráter de estabilidade dentro da “ciência normal” (Silva Filho, 2017).

As anomalias, nesse sentido, surgem a partir de um contexto em que a “ciência normal” passa a não fornecer a necessária explicação e/ou resolução para os problemas que surgem em

meio ao paradigma então dominante. Com isso, “[...] anomalia [...] é um problema que de repente não se amolda ao figurino convencionalmente apresentado como modelo ou paradigma por determinado campo do saber [...]” (Silva Filho, 2017, p.8).

Dessa forma, quando o paradigma dominante e as anomalias não conseguem se estabelecer dentro do processo de subsunção, há uma verdadeira necessidade de mudança e surge, então, a busca por novos conceitos e soluções condizentes a tais anomalias. É em meio a esse contexto que determinado campo científico se depara com as crises, que desafiam as teorias e conceitos então estabelecidos e se insere dentro de um contexto de real desconexão entre a teoria científica até então estabelecida e a realidade fática (Silva Filho, 2017)

Tal fato conduz a um processo em que os cientistas se sentem pressionados a buscar por novas respostas e soluções, capazes de amoldar verdadeiramente as anomalias existentes à realidade dos fatos. E é no decorrer de todo esse processo que surgem os chamados novos paradigmas. Segundo Silva Filho (2017), Thomas Kuhn conseguiu demonstrar, inclusive com inúmeros exemplos, que a emergência de paradigmas na ciência obedece a uma estrutura cíclica em que se forma uma cadeia composta por crise-paradigma-ciência normal-crise-paradigma; e, assim, sucessivamente.

Portanto, no campo científico, os paradigmas se inserem dentro de uma perspectiva que se amolda em meio a tensões entre crises e rupturas, pressupondo uma verdadeira revolução epistemológica em determinada área do conhecimento, como se fosse, analogicamente falando, tal como um fotógrafo que troca as lentes de sua câmera fotográfica e passa a se adequar a uma nova visão de mundo, decorrente das exigências que surgem em meio às mudanças e novas necessidades sociais.

Compreendidas, em breves linhas gerais, as noções envoltas ao conceito de paradigma dentro da ciência, proposto por Thomas Kuhn, importante se faz elucidar sua vinculação ao Direito. Isso porque, conforme já destacado anteriormente, a definição de paradigma elaborada pelo cientista se insere dentro de uma perspectiva estrita a uma análise das ciências físicas e naturais; dessa forma, Kuhn não trouxe, dentro do seu conceito de paradigma, uma perspectiva de aplicação às ciências humanas, razão pela qual passa-se, a partir de agora, a uma análise acerca de tal possibilidade.

É de se destacar, dentro do contexto ora trabalhado, que o conceito de paradigma, pelo menos em um primeiro momento, parece não amoldar às ciências humanas e sociais, em especial o Direito. Esta afirmação se consubstancia no fato de que os mencionados campos do saber não caminham no sentido de seguir um único paradigma, mas sim vários paradigmas (ou

multiparadigmas), que oferecem, cada qual a seu modo, soluções e respostas adequadas a determinada situação (Silva Filho, 2017).

Diante disso, não se vislumbra percorrer no sentido de construção de um modelo único e exemplar capaz de oferecer soluções e respostas para toda e qualquer situação que emerge dentro das ciências humanas e sociais, mas sim diante de um contexto plural e diversificado que formam uma relação dialógica entre si e se comunicam em busca pela pacificação e bem comum nesse cenário (Silva Filho, 2017).

Segundo Assunção (2010), diante de todo o contexto de debates e discussões em torno do amoldamento das ideias kuhnianas às ciências humanas e sociais, o que pode ocorrer, no âmbito dos referidos campos do saber, não é o estabelecimento de paradigmas, mas sim a aplicação do conceito que se denomina de “matriz disciplinar”, cuja definição corresponde, em breves linhas gerais, “[...] a um universo mais amplo de valores e que dificilmente seriam colocados em questionamento pela ampla maioria dos praticantes do campo” (Barros, 2010, p.434).

Nesse sentido, especialmente em se tratando do Direito, seu campo de atuação não é capaz, por si só, de se amoldar às feições estritamente positivas das ciências naturais e físicas, porque seu objeto não corresponde a uma verificação passível de ser vista sob as lentes restritas, limitadas e universais que microscópios e telescópios são capazes de fornecer, mas sim a partir de uma ótica que o entende enquanto produto político e cultural, em que as situações-problema estão sujeitas a um juízo de valoração e significações construídas conforme as circunstâncias não somente do direito posto, mas também do contexto histórico, político e social no qual está inserido (Silva Filho, 2017).

Portanto, a adoção do conceito de paradigma proposto por Kuhn às ciências humanas e sociais, em especial ao Direito, parece não se conformar a estas. Isso porque, o objeto do Direito está muito mais ligado aos comportamentos humanos e à formulação de instrumentos capazes de regê-los no meio social, a partir de concepções que, em muito, variam conforme reflexos de ordem histórica, política e cultural, não sendo sua função descobrir as leis naturais, isto é, aquelas provenientes da natureza e verificáveis a partir de postulados universais, mas sim, como já dito, a partir de significações e valorações em relação às normas impostas ao comportamento humano.

Para, além do que fora apresentado, outro ponto ganha significativo destaque dentro da discussão aqui proposta. Trata-se das feições que a pesquisa jurídica assume no Brasil, que, na atualidade, se insere dentro de uma perspectiva que a subdivide em dogmática e zetética jurídica. Isso porque, muito embora a produção científica no Brasil tenha aumentado



significativamente nos últimos anos, tal fato experimenta um contraponto em que o aspecto qualitativo das produções parece não acompanhar o aumento anteriormente referido, passando a se relacionar com discussões que questionam o Direito enquanto ciência, bem como o conhecimento produzido em seu campo do saber.

E é nesse sentido que Pessôa (2005) aduz que um dos grandes entraves que o Direito enfrenta no mundo acadêmico é a constante confusão que juristas fazem entre pesquisa acadêmica e atuação profissional, que, segundo o autor, não podem se confundir, pois se prestam a objeções distintas. De um lado, a prática profissional está voltada a uma ideia que busca na sistematização da lei, doutrina e jurisprudência, segundo a técnica que melhor lhe for convincente, a busca pela resolução de problemas; de outro lado, de forma contrastada, a pesquisa acadêmica não pode se basear a partir de um caminho pautado tão só na conveniência, tendo em vista que a busca pela realidade, dentro de uma pesquisa científica, não pode se pautar nas convicções puramente pessoais do estudioso, mas sim a partir de um caminhar no sentido de se encontrar a verdade real, a realidade dos fatos, a partir de um juízo de racionalidade e inteligibilidade de acordo com estudos já disponíveis.

Diante disso, Viehweg passa a propor que os estudos na área do Direito, dentro das perspectivas atuais, sejam subdivididos em duas categorias, quais sejam, a saber: zetética e dogmática. Tal proposta é introduzida no Brasil por Tércio Ferraz Sampaio Júnior e passa a refletir o cenário do ensino e da pesquisa jurídica, marcado por suas especificidades (Pessôa, 2005).

De um lado, a zetética jurídica possui origem no vocábulo grego “*zetein*”, que, em português, significa “perquirir”. Sua principal objeção é dar espaço ao questionamento como ponto-central da investigação, de modo que as premissas postas à averiguação sejam passíveis de serem aceitas ou rejeitadas, a partir da verificação, sempre com especial ênfase ao aspecto questionador e investigativo. (Pessôa, 2005).

Por outro lado, em uma perspectiva contraposta, se tem a dogmática jurídica, que busca não o questionamento, mas a resposta diante de uma situação-problema. Não se trata de descrever ou compreender a realidade da maneira mais fidedigna possível, mas sim de uma descrição que se amolda a uma perspectiva diretiva, buscando orientar o Direito dentro de um sentido determinado e pré-estabelecido (Pessôa, 2005).

Sendo assim, zetética e dogmática parecem assumir e refletir a realidade do ensino e da pesquisa jurídica na atualidade, que se prestam a duas objeções distintas, dentro de uma perspectiva dualística. Nesse sentido, apesar de a zetética constituir um sentido relativamente novo para o Direito, é imperioso ressaltar que a dogmática ainda constitui um espaço

predominante no campo do ensino e da pesquisa jurídica, inclusive com diversos questionamentos a respeito de sua cientificidade e credibilidade.

Guardadas as devidas ponderações a respeito da questão, é de se mencionar que, diante do que fora exposto, o conceito de paradigma aplicado ao Direito parece não ser o termo mais apropriado, pelo menos de um ponto de vista técnico-científico, em conformidade à definição proposta por Thomas Kuhn. Isso porque, o Direito não se mostra como uma ciência assim como as demais, passível de verificação e refutação dentro de uma perspectiva lógica e formal.

Quando se observa os próprios conceitos de zetética e dogmática, é possível, também, corroborar a afirmação no sentido de não-adequação do conceito de paradigma kuhniano às ciências jurídicas. Primeiramente, porque as pesquisas no Direito são predominantemente dogmáticas. Mas não por isso e nem somente em razão disso. Mas, no caso da dogmática jurídica, se trazerem múltiplas perspectivas em torno de uma situação, que se adequam à realidade em concreto conforme as exigências da situação fática.

Nessa mesma discussão, a zetética jurídica, muito embora assuma um caráter que tem como foco o questionamento, e parece, pelo menos em um primeiro momento, se amoldar às concepções de ciência comum a outras áreas do saber, como as ciências físicas e naturais (talvez, inclusive, em razão da forte influência que o positivismo exerce na zetética), não parece razoável que o Direito, mesmo sob uma perspectiva zetética, se adeque à noção de paradigma formulada por Kuhn.

Mesmo que o enfoque investigativo e suscetível a verificações, a partir da formulação de hipóteses e posterior falseamento ou confirmação, a perspectiva zetética também oferece uma variada gama de perspectivas para o Direito. Não se trata, portanto, de uma questão ligada ao tipo de pesquisa científica desenvolvida no campo jurídico, mas ao próprio objeto do Direito, que não comporta respostas únicas e universais, tendo em vista que é fruto de concepções influenciadas pelos pontos de vista social, histórico, político e econômico, que legitima e reproduz as normas emanadas pelo sistema destinadas à sociedade.

Portanto, dentro da perspectiva ora trabalhada neste estudo, o que se pretendia, inicialmente, chamar de “*novos paradigmas do Direito Civil na atualidade*” parece não se conformar nos termos das lições anteriormente expostas. Paradigma, para o Direito, pode assumir uma outra conotação que não seja aquela de um caráter científico proposto por Thomas Kuhn; contudo, esta é uma tarefa para posteriores investigações e que, em razão das limitações desta pesquisa, não poderá aqui ser encarada. Em razão disso, os ditos “*novos paradigmas*” em uma perspectiva inicial muito mais se adequa a um contexto que pode se denominar a partir do vocábulo genérico “*transformações*”, pois este comporta um maior campo de abrangência e

que corresponde à pretensão aqui formulada, que reside justamente no fato de se analisar quais as novas linhas interpretativas do Direito Civil na atualidade.

## 2.2 Da proteção ao patrimônio à tutela da personalidade: investigação em torno das bases do Direito Civil contemporâneo

Para se chegar às ditas bases do Direito Civil contemporâneo, objetivo central deste tópico, algumas considerações se mostram antes necessárias, em razão da importância que assumem na discussão proposta. À vista disso, passa-se, a partir de agora, a uma análise histórico-crítica do Direito Civil, perpassando por questões que envolvem influências, críticas e ponderações a respeito de temas como Constitucionalização do Direito Civil, perda do estatuto epistemológico do Direito Civil, autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Inicialmente, é importante que se deixe em relevo que a clássica divisão do Direito entre público e privado nem sempre existiu da forma como atualmente é concebida, sendo, nestes termos, fruto de uma construção histórico-normativa ao longo de séculos de experiência jurídica e social. Nesse sentido, Carrá e Souza (2022) aduzem que, muito embora a chamada *summa divisio*, isto é, a dicotomia entre direito público e privado remeta à Roma, tal diferenciação se apresentou notadamente de forma mais acentuada após as revoluções burguesas do século XVIII.

Isso porque, inicialmente, o Direito era concebido enquanto fenômeno unitário, não se falando, até então, em quaisquer subdivisões dentro de sua esfera de atuação. À vista disso, é a partir do período romano que passa a se ter uma noção mais bem definida e distintiva entre o público e o privado, ao que Ulpiano *apud* Carrá e Souza (2022, p.150) exterioriza, em sua obra *Digesto*, em livre tradução para a língua portuguesa, que: “O direito público diz respeito ao estado das coisas públicas (romana); o privado à utilidade dos particulares”.

Contudo, como já dito, é somente com as chamadas revoluções burguesas do século XVIII, em especial a Revolução Francesa, que se passa a refletir uma acentuada distinção entre o direito público e o direito privado, que surge como expressão dos próprios ideais então propugnados pela Revolução. E a razão para tal fato, como demonstrado por Carrá e Souza (2022), reside justamente em face da experiência anterior, em que o Estado absolutista se sobrepunha à esfera privada dos indivíduos e, conseqüentemente, assumia feições arbitrárias, gerando um grande cenário marcado pela intensa desigualdade e privação das liberdades individuais.

Dessa forma, a dicotomia entre o direito público e o direito privado é capaz de demonstrar um grande caminho que congrega experiências jurídicas e sociais, sendo um fenômeno que acompanha o percurso evolutivo da sociedade e, por conseguinte, do próprio Direito, revelando a face de uma divisão que, ainda hoje, suscita uma série de discussões e debates, inclusive, durante muito tempo, orientando a atividade jurídico-interpretativa de acordo com o estatuto epistemológico e as especificidades de cada ramo.

Segundo Cortiano Júnior (2006), o Direito Civil passou, durante seu processo de formação histórica, por quatro fases distintas, as quais ele denomina de fundações, quais sejam, a saber: 1) a primeira fundação, a do *jus civile* romano; 2) a segunda fundação, que se utilizou do *jus civile* do direito romano como direito comum no período da Idade Média; 3) a terceira fundação, relativa à modernidade (ou, simplesmente, o Direito Civil moderno), em que a burguesia ascende ao poder em busca de transformações na estrutura jurídico-social então dominante a partir da difusão de seus ideais; 4) e, por fim, a quarta fundação, que diz respeito ao período mais recente de transformações do Direito Civil na atualidade, com a emergência de assuntos que ganham força, especialmente, durante o século XX, marcado por intensas alterações e repercussões nas estruturas sociais então vigentes.

Apesar da menção às quatro fundações, ou fases, do Direito Civil, é importante ressaltar que este trabalho se limitará a uma análise relativa tão somente a partir da terceira fundação. Muito embora se reconheça a importância que as demais fundações assumem para o Direito Civil contemporâneo, com institutos e figuras que até hoje estão presentes nos sistemas jurídicos, seja com suas feições praticamente iguais ao período em que foram concebidos, seja com profundas alterações, o recorte metodológico desta investigação não permite uma análise com fulcro em todas as fases do Direito Civil, pois se assim o fosse, o trabalho estaria fadado a um infinito exame do seu objeto de investigação, comprometendo, conseqüentemente, o seu aspecto qualitativo e o colocando dentro de uma discussão demasiadamente ampla e genérica.

Portanto, por todo o exposto e considerando, sobretudo, a influência que as bases liberais-burguesas lançam sobre o Direito Civil e os aspectos relativos à liberdade individual, ao patrimônio e à igualdade, figuras caras e importantes à construção desta investigação, a análise se restringirá a partir do período compreendido pelo que se denomina de terceira fundação ou fase.

A terceira fundação, ou fase, do Direito Civil, é designada por autores tidos como mais tradicionais como Direito Civil “clássico” ou, simplesmente, Direito Civil “tradicional”. Nas lições de Cortiano Júnior (2006), também é cabível a denominação de Direito Civil moderno, uma vez que reflete a própria lógica da modernidade: a busca pela certeza e, por conseguinte,

segurança, igualdade (aqui considerada de um ponto de vista dentro da perspectiva formal) e uma “sociedade marcada pelo mercado”.

Para compreender o chamado Direito Civil clássico, tradicional ou moderno, bem como suas linhas interpretativas, é necessário, antes de tudo, entender as bases em que ele foi concebido, legitimado e reproduzido. Nesse sentido, aduz Ribeiro (2020) que duas correntes jurídicas exerceram influência sobremaneira sobre esta fase do Direito Civil. Foram elas: a Escola Exegética Francesa e a Escola Pandectista Alemã, as quais passarão, a partir de agora, a uma exposição acerca de seus ideais e o contexto no qual estavam inseridas, de modo a evidenciar a relação que exerceram dentro da discussão aqui exposta.

A primeira delas, a chamada Escola Exegética, possui suas raízes alicerçadas na França do século XIX. Suas ideias partem, especialmente, do pressuposto de que o Direito é a própria lei codificada. Com isso, sendo o Direito visto tão só como produto da vontade do legislador, o poder político ganha um espaço de protagonismo no processo de produção e legitimação de verdades no cenário jurídico-social, relegando a vontade da sociedade civil a um segundo plano e ignorando o aspecto social e plural em meio a todo esse processo (Staut Júnior, 2008).

A legitimação e reprodução das ideias vinculadas à Escola da Exegese se dão em meio a um espaço em que se busca romper com a ordem jurídica medieval, fortemente repudiada pela burguesia, com severas críticas à referida ordem no sentido de ser “[...] classista, desigual, retrógrada, injusta, complexa e contraditória [...]”, como demonstrado por Staut Júnior (2008, p.10).

Diante disso, é possível observar que a cultura jurídica medieval pouco (ou quase) nada servia aos interesses da então incipiente, bem como pretensa à ascensão, classe burguesa. Isso porque, na tradição medieval, a estrutura social estava claramente demarcada e estratificada, não se pautando dentro de uma lógica igualitária formalista, em que se pudesse vislumbrar a troca de bens e serviços entre as pessoas, sem maiores interferências.

Dentro da discussão que se segue, ainda no que toca à Escola da Exegese, é importante que se ressalte que esta partia de três postulados, como evidencia Staut Júnior (2008), quais sejam: 1) a identificação do direito com a lei; 2) a exclusividade da lei como critério jurídico; 3) e o postulado da suficiência da lei.

Portanto, o Direito estava restrito tão só à lei, de modo que o Código assume uma posição central dentro da normatividade jurídica e com uma verdadeira crença na autossuficiência da lei codificada como o único meio possível de se resolver os problemas jurídicos. Dessa forma, se tem uma perspectiva que vincula o Direito a um forte apego ao legalismo, dentro de um sistema completo e fechado, sendo a lei a única baliza capaz de sanar

todos os problemas que se valem do Direito como solução, reduzindo-o ao monismo das fontes e ignorando toda a atividade interpretativa que não proviesse exclusivamente da lei.

As pretensões da Escola Exegética acabam por influenciar, sobretudo, o campo do Direito Civil, que, nesse momento, passa a ter o *Code* (Código) como o único vetor e parâmetro para orientação e interpretação das relações jurídicas de caráter privado, de modo que o apego ao rigor formal, à liberdade individual e à igualdade do ponto de vista lógico-formal vinha no sentido de se conceber uma ordem jurídica neutra e abstrata, capaz de situar todos os indivíduos dentro de uma mesma categoria e posição, rompendo com as ideias do então absolutismo monárquico, assim como em relação ao direito medieval considerado inseguro e ultrapassado pela burguesia (Ribeiro, 2020).

Estas premissas formaram o que Ribeiro (2020) denomina de “teoria clássica” do Direito Civil, que se ocupa de três vertentes fundamentais: o contrato, os modos de apropriação e a família. Este modo de se conceber o Direito Civil, a partir de uma estrutura rígida, formalizada e igualitária, não pode ser lido de forma restrita e isolada. Como já referido alhures, a então incipiente burguesia era o grupo político-econômico que detinha o maior interesse na mudança de estrutura social e, por conseguinte, dos modos de se compreender o Direito.

Justamente em razão disso, passa-se a entender que somente com a ideia de um Direito, especialmente o Civil, autossuficiente e sem ingerência estatal é que se há possibilidade de constituição de um terreno fértil capaz de disseminar e potencializar o desenvolvimento do capitalismo, que não podia se sustentar, principalmente nessa época, dentro de um contexto de forte atuação estatal, que não possibilitasse a troca de serviços e bens entre as pessoas. As lições de Cortiano Júnior (2006, p.101) trazem grande ilustração didática a respeito do que fora o Direito Civil na modernidade, como se observa a seguir: “Numa só frase: um direito claro para uma era das certezas. Um direito claro para um mundo de segurança. Um mundo de segurança que logo viria a ruir”.

Outra corrente jurídica que também influenciou o dito Direito Civil clássico ou tradicional é a chamada Escola Pandectista. Com origem na Alemanha, surgiu dentro da perspectiva do positivismo jurídico, tentando trazer para o cenário jurídico uma aplicação quase que “matemática” segundo as palavras de Ribeiro (2020), de modo que o Direito deveria, nestes termos, ser produto de silogismos e operações de ordem lógica, em busca de um rigoroso cientificismo para a ciência do Direito, assim como ocorria com as demais ciências, procurando-o, com isso, aproximá-lo da verdade real e livrá-lo de quaisquer valorações.

Apesar de muitas vezes vista enquanto corrente oposta, em parte, às ideias da Escola Exegética da França, o movimento pandectista alemão em muito se assemelhou às ideias

exegéticas. Isso porque, a busca por uma abstração do sujeito de direito em uma tentativa de inserir o Direito dentro de uma lógica científica positivista, passou a considerar o indivíduo de forma abstrata e silogística, em um processo em que se há a emergência de um conceitualismo puro e neutro como pretensão dominante na ciência jurídica (Ribeiro, 2020).

Dessa forma, o Direito Civil tradicional, moderno, clássico ou “oitocentista” (em referência ao seu apogeu durante os anos 1800, no século XIX) conserva uma estrutura que se fundamenta, especialmente, na prioritária proteção ao homem, na garantia às liberdades individuais e na crença de um sistema jurídico unitário e autossuficiente, que tem na lei a sua única fonte. Além disso, na ruptura com aspectos ligados à ingerência estatal, bem como em uma busca pela abstração da norma jurídica, é onde se situa o seu espaço de atuação normativa.

Como demonstrado por Ribeiro (2020), o Direito Civil tradicional acabou por trazer consigo significativas influências para o Direito brasileiro, notadamente, em especial, com a edição do Código Civil de 1916, que, segundo o autor, fora a mais pura expressão dos ideais do Direito Civil clássico no Brasil. Antes, contudo, de se adentrar nas minúcias específicas acerca das influências exercidas sobre o Código de 1916, cumpre observar, inicialmente, como se deu o processo de recepção e legitimação das ideias europeias do positivismo jurídico no território brasileiro.

Nesse sentido, muito embora se tenha a concepção que o Código Civil de 1916 fora concebido dentro da mesma perspectiva que aquela ocorrida em países como a França, com um código essencialmente liberal e em meio ao cenário das revoluções liberais-burguesas, tal fato não ocorreu, de pronto, da mesma forma no Brasil. É importante ressaltar que, em território brasileiro, inicialmente, se segue dentro de um cenário em que há uma necessidade de perseguir um discurso codificador, a partir dos moldes propugnados pela Escola da Exegese, conforme Macedo Filho, Cavalcante e Batista (2022).

No entanto, ao longo de toda a experiência jurídica, o Brasil se mostra como uma verdadeira “*mixagem de tradições*”, que congrega não apenas discursos que buscam no monismo das fontes e na literalidade da lei um caminho para se guiar a interpretação jurídica, mas a partir de outras tradições, notadamente a Escola Científica e o Movimento Direito Livre da Alemanha, que trazem uma crítica ao positivismo europeu. Tais afirmações podem ser corroboradas segundo as palavras de Macedo Filho, Cavalcante e Batista (2022, p.9.206), segundo os quais o movimento da hermenêutica no Brasil congregava: “ [...] (o) apelo ao espírito do legislador”; a “idealização sistêmica do real em busca da adaptabilidade social”; e, a “interpretação a partir da busca da certeza decisória”, características, respectivamente, da Escola da Exegese, da Escola Científica e do Movimento do Direito”.

Inclusive, nesse sentido, o próprio Clóvis Beviláqua, responsável pela elaboração do Código Civil de 1916 e a quem comumente é atribuído um espírito essencialmente legalista e conformador aos ideais franceses, aduz que:

Esta feição nova da doutrina em França e as audacias crescentes na jurisprudencia, mostram, de um lado, que as ideias sobre interpretação já não satisfazem mais hoje as exigencias do momento; que a lei não é a fonte única do direito; e que a vida social reage incessantemente sobre o direito. [...] Entre muitos outros exemplos que nos oferece, desse facto, o direito patrio, pode ser recordado o do seguro sobre a vida que, expressamente condemnado pelo código, abriu o seu caminho na consciencia jurídica e se fez definitivamente reconhecer pela doutrina e pela jurisprudencia. (Beviláqua, 1906 *apud* Macedo Filha; Cavalcante; Batista, 2022, p.9.205)

Compreendida a trajetória em que trilhou o movimento jurídico-hermenêutico no Brasil, que congregou uma verdadeira “*mixagem de tradições*”, com influências não apenas da Escola da Exegese, mas da Escola Científica e do Movimento Direito Livre, unificando discursos e produzindo verdades dentro do contexto brasileiro, passa-se, agora, para considerações acerca da legislação civil de 1916.

Tipicamente concebido como essencialmente patrimonialista, individualista e patriarcalista, o primeiro Código Civil brasileiro é promulgado em idos de 1916, passando a vigorar a partir do ano seguinte, após diversas tentativas de se idealizar um Código Civil brasileiro. Projetado dentro de uma estrutura rígida e tecnicista, com o fim de criar uma norma jurídica autossuficiente, a legislação civil de 1916 em pouco tempo passou a perder seu espaço de centralidade e protagonismo para o qual fora concebida.

Isso se deve ao fato de, durante o século XX, em razão das profundas e rápidas transformações pelas quais passou a sociedade - com acontecimentos como crises econômicas, Grandes Guerras e Revoluções - passou-se a exigir do Direito respostas rápidas e eficazes, em consonância à realidade delineada no meio social; não permitindo, nesse sentido, que tão somente o Código fosse o único mecanismo responsável por regular as relações da vida civil (Ribeiro, 2020).

Muito embora não se possa olvidar a respeito das afirmações anteriormente expostas, é necessário que se faça uma leitura crítico-reflexiva acerca de todo o contexto no qual o Código Civil de 1916 fora concebido, legitimado e reproduzido. Como aduz Neves (2015, p.14) o primeiro Código Civil brasileiro: “[...] era tão liberal quanto lhe era permitido ser [...]”, uma vez que sua emergência se deu em meio a um espaço em que se conjugou as pretensões de uma burguesia tímida e ainda incipiente no cenário nacional aos interesses de um poder oligárquico dominante do ponto de vista econômico-social, dentro de uma estrutura predominantemente agrária e ainda marcada pelos intensos reflexos da recente abolição da escravidão.



Dessa forma, o Código Civil de 1916 fora fruto de um liberalismo tardio e que refletia não apenas as ideias de seu idealizador, Clóvis Beviláquia, como comumente se dissemina, mas, acima de tudo, as ideias de uma sociedade ainda essencialmente agrária e marcada por fortes desigualdades sociais, regionais e econômicas.

Segundo Ribeiro (2020), o século XX e os profundos acontecimentos e transformações nesse período ocorridos leva a um processo que se entende como Crise do Direito Civil tradicional. Isso porque, as velhas estruturas e postulados essencialmente liberais, em boa parte, passam a não mais refletir os anseios da sociedade, que então reclama por uma intervenção a fim de dirimir as profundas desigualdades instauradas com a disseminação das ideias liberais e suas consequências.

O enfraquecimento do Estado Liberal, a ascensão do Estado Social e as Grandes Guerras e Revoluções que emergem no caminhar da trajetória do século XX faz com que diversos setores da sociedade sejam repensados e comece a se delinear uma perspectiva voltada à necessidade de mudança em face das então estruturas sociais, políticas e econômicas.

É justamente em meio a esse contexto que o Código Civil de 1916 passa a conviver com microsistemas jurídicos ao longo de sua vigência, isto é, com legislações esparsas que passam a disciplinar relações jurídicas em temas bastante específicos, com institutos e princípios próprios, como foi o caso, à guisa de exemplificação, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que surgem com o fim de disciplinar relações que não encontravam correspondência entre a generalidade descrita na norma civil e os anseios surgidos na realidade social (Amaral, 1999).

Tal fato desencadeou o processo de Descodificação do Direito Civil Brasileiro durante o século XX, ainda sob a vigência da legislação civil de 1916, ocasião em que determinadas relações, em razão de sua especialidade, migram da solução generalista trazida pelo Código e passam a ser tuteladas por meio de legislações específicas, com soluções igualmente condizentes à relação de caráter especial. Muitos autores, inclusive, em meio a esse processo, chegam a atentar para uma possível crise do Direito Civil nesse momento, haja vista sua perda de espaço e protagonismo no cerne das relações privadas (Amaral, 1999).

Entre crises e rupturas, o Direito Civil vai se amoldando às novas necessidades sociais, rompendo com tradições e estruturas seculares, o que o leva a experimentar transformações até então imagináveis. Em meio a esse contexto, insurge o processo denominado de Constitucionalização do Direito Civil, que se insere em meio às intensas repercussões dos acontecimentos ocorridos durante o século XX. Muito embora esteja intimamente relacionado e normalmente citado com o advento da Constituição Federal de 1988, Lôbo (2014) aduz que

tal fenômeno possui suas raízes alicerçadas na década de 1930, com a edição da Constituição de 1934.

Nesse sentido, defende Lôbo (2014) que o Direito Civil-Constitucional está profundamente relacionado à introdução de assuntos ligados à ordem econômica e social (como trabalho, saúde e previdência social, por exemplo) no texto das Constituições do que tão somente com o advento da Constituição Federal de 1988 (muito embora a atual Lei Maior tenha trazido novas perspectivas e deixado em relevo o fenômeno de Constitucionalização). Logo, por ser a Constituição de 1934 a pioneira no tratamento legal de tais assuntos, encontra o Direito Civil-Constitucional suas incipientes raízes em tal diploma normativo.

Dentro da discussão que se segue, importa elucidar, ainda, que o Direito Civil-Constitucional se trata, vale dizer, de uma metodologia, isto, é, não se trata de um ramo autônomo e independente do Direito Civil. Pelo contrário. Sua razão de ser encontra essência no próprio Direito Civil, a partir do momento em que se busca ressignificar e funcionalizar clássicos institutos do ramo civilista e procurar situá-los em meio às necessidades e especificidades da sociedade moderna complexa, reafirmando seu caráter de “[...] ser um Direito de todo o povo, e não apenas de um segmento do povo”, conforme as lições de Lôbo (2014, p.20).

Ocorre que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a força normativa da Lei Maior é reconhecida e, assim, o texto constitucional passa a irradiar por todo o ordenamento jurídico, de modo que toda a atividade legislativa, jurisdicional e política deve estar em consonância aos ditames da Lei Maior. É justamente, talvez, em razão disso, que comumente se associe e atribua o processo de Constitucionalização do Direito Civil à Constituição Federal de 1988, quase que de forma automática, muito embora se reconheça que foi somente a partir dela que se teve o grande giro de copérnico, isto é, o início do processo de efetiva Constitucionalização do Direito Civil, pois, como já mencionado, a Lei Maior de 1988 se reafirmou enquanto norma hierarquicamente superior e base de todo o ordenamento jurídico, explicitando, à vista disso, sua força normativa (Dias, 2014).

Muitos autores, contudo, consideram que fenômenos como o Direito Civil-Constitucional, bem como a repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil, conduzem a uma verdadeira perda do estatuto epistemológico do Direito Civil. Na perspectiva enunciada por Rodrigues Júnior (2010), a tentativa de uma busca por um elemento de correção para o Direito faz com que o Direito Civil assumira uma função que não lhe incumbe, no sentido de trazer para si a resolução de problemas que não lhe são próprios, a partir de métodos e princípios tidos como incompatíveis com o seu campo de atuação.

Ainda segundo as ideias de Rodrigues Júnior (2010), se estabelece, no momento atual, o que autor denomina de fatores de correção externa para o Direito. Tais fatores levariam em consideração elementos de ordem sociológica, econômica e moral na interpretação das normas jurídicas diante da circunstância fática; se diferenciando, vale dizer, da chamada análise interna do Direito, que se restringe tão somente a uma análise do fenômeno jurídico a partir dos elementos disponíveis pela norma jurídica posta diante da tarefa hermenêutica no caso concreto.

Um exemplo, nesse contexto, seria o cenário experimentado pelos danos morais na ordem jurídica brasileira. Isso porque, litígios que envolvem danos morais, em geral, são decididos de acordo com a eficiência econômica, pautando-se no resultado e levando os tribunais a fixarem o valor indenizatório segundo parâmetros, importante ressaltar, quase sempre baixos e limitados a um *quantum* específico, o que demonstra a limitação do Direito a um aspecto decisório predominantemente externo (nesse caso, o econômico) e que parece não levar em consideração, inclusive, as próprias determinações legais, no sentido de se fixar o valor da indenização de acordo com a extensão do dano (Rodrigues Júnior, 2010).

Outro ponto abordado por Rodrigues Júnior (2010) em relação a uma possível perda do estatuto epistemológico do Direito Civil dentro das abordagens do mundo atual diz respeito à desvirtuação da teoria dos direitos fundamentais e o processo de “*panpricipiologismo*”. Segundo o autor, os princípios passam a não mais serem dotados de normatividade, assim como a utilização dos direitos fundamentais de forma praticamente irrestrita e demagógica, a partir de discursos que se utilizam de técnicas argumentativas “*repetitivas, hiperbólicas e panfletárias*”, como se observa com a dignidade da pessoa humana, utilizada como “*superprincípio*”, que passa a fundamentar basicamente toda e qualquer decisão judicial, sem um devido manejo técnico e rigor metodológico necessários dentro de sua concepção expressa nos termos da Constituição Federal.

Portanto, diante de todo esse cenário, o Direito Civil passa a se ocupar de um espaço que não lhe pertence, se utilizando de discussões que, em geral, são relativas ao Direito Público, em especial o Direito Constitucional, dentro de um jogo de interesses em que juízes passam a assumir a incumbência, também, de legislar, pois desvirtuam o sentido da norma jurídica posta e a insere dentro de um contexto decisório a cargo de um elevado grau de discricionariedade, acabando por gerar um verdadeiro processo de “perda da legislação”.

Em que pesem as críticas formuladas no sentido de se haver uma verdadeira perda epistemológica do Direito Civil, é de se mencionar que algumas ponderações dentro da discussão exposta são necessárias, partindo do ponto de vista de ambos os lados do debate, tanto daqueles que defendem uma atuação mais humanitária e socializada do Direito Civil, quanto

daqueles que defendem estar havendo uma verdadeira perda do seu estatuto epistemológico na atualidade.

É fato que se está diante de um verdadeiro processo de perda de prestígio da legislação e de ascensão de um “*panprincipiologismo*”, que acaba por vulgarizar o sentido dos princípios e a utilizá-los de forma indiscriminada e irrestrita diante de situações que, algumas vezes, são incabíveis ou inconciliáveis diante da circunstância fática. Além disso, é certo, também, que a recorrência do Direito, muitas das vezes, a elementos externos como fatores de correção pode colocar em jogo e desvirtuar o sentido da norma, fazendo com que situações não previstas ou tidas como excepcionais passem a constituir a regra da situação, relegando a norma jurídica posta a um segundo plano e diante de um cenário que pode ocasionar, inclusive, graves inseguranças jurídicas.

Por outro lado, também não se pode deixar de considerar a adequação do Direito Civil às transformações sociais, econômicas e culturais da atualidade, que, na maioria das vezes, não encontra respectiva correspondência entre a norma jurídica e a realidade em concreto. Considera-se, sobretudo, o caso brasileiro, em que o processo legislativo é rígido e demasiadamente duradouro, fazendo com que o Judiciário tenha que intervir diante da circunstância fática, a fim de dirimir o litígio e resguardar os direitos dos envolvidos, em um claro processo de ativismo judicial.

Outro fator de extrema relevância nesta discussão é a formação da experiência jurídico-social brasileira. Restou demonstrado, anteriormente, que se tem uma influência sobremaneira das Escolas Exegética da França e Histórica da Alemanha diante da atividade hermenêutica do Brasil ao longo de todos os seus anos de tradição jurídica. Muito embora já tenham ocorrido diversas tentativas de se estabelecer uma interpretação estritamente legalista, na prática nem sempre tal fato pôde assim funcionar, sobretudo em um país com formação histórico-cultural extremamente diversificada e que experimenta uma verdadeira “*mixagem de tradições*”.

O legislador brasileiro, na maioria das vezes omissivo, sobretudo em relação a assuntos que geram intensos debates e controvérsias, ao se comportar de tal forma, não permite a formação de uma cultura jurídica brasileira própria de uma atuação eminentemente legalista e restrita a uma análise interna do fenômeno jurídico, que possa levar em consideração tão só a norma jurídica posta e os elementos disponíveis ao hermenêuta na resolução do caso concreto, fazendo com que a influência de elementos externos que acabam por refletir as novas tendências das transformações históricas e culturais da sociedade na atualidade seja necessária.

Dessa forma, à análise tradicionalmente patrimonialista do Direito Civil, soma-se a

perspectiva humanista, que passa a trazer para o campo de atuação do Direito Civil na contemporaneidade um terreno fértil para o desenvolvimento de questões de natureza existencial, destinadas à prioritária proteção à pessoa considerada em si mesma e os direitos daí decorrentes. Não se busca, pois, retirar totalmente o espaço destinado ao patrimônio do campo de atuação do Direito Civil. Pelo contrário. Trata-se, sobretudo, de adequá-lo às novas necessidades sociais, que reclamam do Direito soluções condizentes às exigências reclamadas pela sociedade, pois, nesse sentido, conforme Engelmann, Basan e Helgera (2020, p.33): “[...] o Direito, sem o devido “contexto”, é mero “texto” normativo, ilhado no mar de normas”.

Portanto, com a emergência de questões ligadas à existencialidade humana para o campo de atuação do Direito, inclusive do Direito Civil, passa a se observar as crescentes discussões em torno da proteção conferida pelo Direito Civil à pessoa humana e os direitos e situações que daí surgem. Exemplo disso é a positivação dos direitos da personalidade pelo Código Civil de 2002, em atuação consoante aos novos valores da sociedade pós-moderna, que colocam a pessoa humana no centro das preocupações e, por conseguinte, com a necessidade de soluções condizentes.

Em razão disso, passa-se, a partir do próximo tópico, a uma análise relativa à tutela conferida pelo Direito Civil à pessoa humana e as perspectivas e dilemas em torno desta questão na atualidade, sobretudo em função da hipótese aqui apresentada, no sentido de se haver uma expansão do campo de atuação do Direito Civil, que o insere em um espaço destinado não somente à prioritária proteção do patrimônio, mas, sobretudo, à autorrealização da pessoa.

### 2.3 Direito Civil e proteção à pessoa: as situações jurídicas existenciais e o livre desenvolvimento da personalidade humana

A proteção à pessoa constitui, atualmente, um espaço comum de debates a praticamente todas as áreas do Direito. Do direito penal ao direito constitucional, perpassando o Biodireito, assim como o Direito Civil, muito se discute a respeito de situações que envolvem interesses relativos à pessoa humana e suas consequências que daí decorrem, suscitando, na maioria das vezes, intensas discussões e pontos de vista divergentes, levando para o Direito a necessidade de enfrentá-los e encará-los diante do caso concreto.

Exemplo disso são as recentes discussões em torno de assuntos como aborto, eutanásia e engenharia genética, que constituem, diante do hipercomplexo mundo contemporâneo, um verdadeiro desafio não só para a sociedade em geral, mas, principalmente, para os operadores do Direito, que se veem diante da emergência de resolução de dilemas que envolvem situações

éticas e morais em face dos reclames da sociedade. Isto posto, este tópico se debruçará diante da investigação em torno de aspectos relativos à existencialidade humana no ordenamento jurídico, de modo a discutir, especialmente, assuntos que envolvem as situações jurídicas existenciais e o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Segundo Mattietto (2017), a compreensão acerca da proteção atualmente conferida à pessoa traz consigo uma relevância significativa ao se observar a distinção estabelecida com a categoria das coisas. Isso porque, a pessoa é um sujeito de direito, de forma individualmente considerada em si mesma e detentora de atributos e características próprias, de tal modo que as coisas, contrariamente, se enquadram na categoria de objeto de direito. Esta diferença substancial reside justamente no fato de o sujeito de direito trazer consigo capacidade para titular direitos e obrigações, não podendo ser mero objeto da relação jurídica, como acontece, por exemplo, com a propriedade e o contrato, que se conformam no plano dos objetos.

Apesar de esta premissa constituir uma ideia evidentemente clara dentro do contexto atual, é importante salientar que nem sempre ocorreu dessa forma. Um exemplo disso é que os negros escravizados, durante muito tempo no cenário jurídico-social nacional, ocupavam um espaço de mero objetos de direitos, muito embora fosse dotados de todas as características que lhes permitiam a individualização no seio da sociedade enquanto pessoa humana. Portanto, uma vez sendo objeto de direitos, eram reduzidos à mera condição de propriedade (assim como um imóvel, por exemplo, podendo o seu proprietário dele usar, gozar, dispor e fruir); o que implica dizer que não gozavam de um *status* protetivo capaz de lhes conferir a titularidade de direitos e obrigações (Zattar, 2000).

Nesse sentido, Mattietto (2017) observa que o tratamento protetivo atual conferido pelos sistemas à pessoa humana, independentemente de quaisquer condições, representa um enorme avanço dentro das esferas jurídica e social, permitindo que não se haja, pelo menos dentro de uma perspectiva lógico-formal, distinções entre os seres humanos. Ainda segundo o autor, o fundamento para tal concepção encontra fundamento no personalismo ético de Kant.

O personalismo ético surge justamente a partir de uma perspectiva que coloca o ser humano dentro de um espaço privilegiado no meio social, de modo que cada pessoa possui valores próprios e intrínsecos, ressaltando-se o caráter individual e específico de cada ser humano, sendo este, portanto, o fim último das coisas e não o meio, como ressaltado por Mattietto (2017).

Outro ponto do personalismo ético de Kant, em que se pode compreender a distinção entre coisas e pessoas, é a que traz a diferença entre preço e dignidade, de modo que o primeiro

conceito se relaciona às coisas e o segundo, por sua vez, está vinculado à ideia de pessoa considerada em si mesma. Veja-se, ilustrativamente:

No reino dos fins tudo possui ou um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente encerra uma dignidade.

No reino dos fins tudo possui ou um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade. (Mattietto, 2017, p.13).

Compreendido, em breves linhas gerais, o fundamento do personalismo ético, é importante que se deixe em relevo que este conceito de Kant se reflete, ainda hoje, nos diplomas normativos no cenário nacional. Consoante Azevedo (2008), a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 exprimem, ao longo de todo o seu corpo normativo, a opção em se privilegiar a prioritária proteção à pessoa considerada em si mesma, bem como os direitos que daí decorrem.

Contudo, ainda conforme Azevedo (2008), o personalismo ético, no entanto, parece não se conformar às novas exigências da sociedade contemporânea. Isso se deve ao fato de que esta corrente de pensamento surge dentro de uma perspectiva antropocêntrica, que coloca o homem como posição central de todo o sistema jurídico-normativo, acabando por relegar a um segundo plano os animais não humanos, em detrimento do que o autor sugere e denomina de “*ética biocêntrica*”, conceito capaz de abranger os animais não humanos e a inclui-los dentro de uma ótica protetiva pelo sistema.

Em que pesem as considerações do autor a respeito do assunto, importante mencionar que sua crítica fora realizada dentro de uma época (mais precisamente no ano de 2008) em que a discussão em torno da situação jurídica dos animais ainda os agrupava dentro da categoria de coisas. Hoje, com o reconhecimento de sua senciência, os animais não mais ocupam uma posição dentro da categoria relativa às coisas, inclusive com o reconhecimento e aplicação de institutos tradicionalmente concernentes aos animais humanos, como algumas normas relativas ao direito das famílias, a exemplo da guarda.

Dentro da discussão, entretanto, não se pode olvidar a relevância da inegável e necessária postura prioritária de proteção às pessoas humanas conferida pelo sistema jurídico-normativo nos moldes atuais. É certo que animais devem constituir centro de atenção especial por parte de todo os setores da sociedade, porém se deve reconhecer a diferença entre eles e os seres humanos. A inserção dos seres humanos dentro de uma cadeia hipercomplexa de relações

acaba por colocá-los dentro de situações e contextos que exigem uma atividade hermenêutica diferenciada e que o impõe no centro da ordem jurídica.

Não há como se vislumbrar, até o presente momento, a ideia de se falar em uma vulnerabilidade patrimonial entre determinadas raças de cães, por exemplo, pois estes não contratam. Muito embora se haja a aplicação de alguns institutos a eles, como a guarda, conforme já enunciado anteriormente, deve se haver uma máxima cautela a fim de não gerar graves inseguranças jurídicas e os colocarem à sorte de fraudes, ilicitudes e ideias que, até então, são juridicamente (e, talvez, até mesmo, fatidicamente) impossíveis.

Portanto, nesse sentido, apesar das críticas ao personalismo ético, se parece ser, atualmente, a corrente de pensamento que mais reflete as necessidades da realidade social atual. O ser humano constitui o fim último do ordenamento jurídico. A norma jurídica gira em torno dele. Desse modo, se falar em uma prioritária proteção à pessoa é reconhecer suas especificidades e imersão em meio a uma hipercomplexa cadeia de relações sociais. Embora possa suscitar discussões do ponto de vista de uma supremacia dos animais humanos em relação aos não humanos, este não é o objetivo central deste tópico, tampouco do trabalho; não cabendo aqui, em razão disso, suscitar intenso debate em torno de tal assunto, embora se reconheça sua fundamental importância e complexidade, sobretudo dentro do mundo atual.

Entendido o fundamento da proteção à pessoa dentro do sistema vigente, passa-se, a partir de agora, a tecer considerações a respeito das situações jurídicas de natureza existencial. A emergência desta discussão assume uma especial atenção principalmente quando considerada do ponto de vista do Direito Civil, que tradicionalmente se ocupou de regular as ditas situações jurídicas patrimoniais.

Diante disso, urge a necessidade de se elucidar, brevemente, o conceito de situação jurídica subjetiva, tendo em vista sua importância à discussão aqui trazida. Em linhas gerais, por situação jurídica subjetiva pode-se entender como sendo o efeito decorrente de determinado fato, sendo, portanto, a repercussão jurídica do fato em concreto, segundo Souza (2015).

Para Teixeira e Konder (2021) o conceito de situação jurídica subjetiva desafia a clássica concepção de relação jurídica, a qual impõe uma leitura em que a relação entre os sujeitos envolvidos corresponde a determinada hipótese normativa. No caso das situações subjetivas, estas se inserem de dentro de um contexto que congrega situações multifacetárias e não apenas aquelas descritas na generalidade da norma. Os autores se utilizam do exemplo da promessa de recompensa para demonstrar que uma relação jurídica pode surgir, inicialmente, sem a presença individualizada de dois sujeitos que se contrapõem entre si, evidenciando, com isso, que o



sujeito não se configura como elemento imprescindível às relações jurídicas, mas sim às situações jurídicas subjetivas.

Ainda conforme Teixeira e Konder (2021), as situações jurídicas traduzem verdadeiros centros de interesse, se contrariando à clássica ideia de relação jurídica, que pressupõe uma relação que se estabelece entre dois sujeitos. Além disso, afirmam os autores que se, de um lado, a estrutura de relação jurídica pressupõe existência de um polo ativo e outro passivo, em que uma parte é detentora de direitos e outra de deveres, as situações jurídicas, por outro lado, permitem que se haja a coexistência de direitos e deveres de forma simultânea.

Após as breves lições preliminares acerca da situação jurídica subjetiva, passa-se a verificar a classificação das situações jurídicas subjetivas em patrimoniais e extrapatrimoniais (ou existenciais). Muito embora, em um primeiro momento, se pareça clara a distinção entre ambas, é importante ressaltar que a dicotomia padece de uma necessária diferenciação. A possível obviedade das situações patrimoniais e existenciais se observa, conforme Teixeira e Konder (2021, p.140) em um contexto em que há: “[...] (uma) contraposição (entre) propriedade, crédito, empresa *versus* direitos da personalidade e direito de família [...]”.

Apesar de se reconhecer que determinadas situações já se mostram, de pronto, aclaradas na discussão em torno da predominância de um interesse patrimonial ou existencial, existem algumas outras que envolvem ambos os interesses, daí a dificuldade de se definir qual deles prevalece diante da situação jurídica subjetiva em concreto. Nesse sentido, consoante às lições de Teixeira e Konder (2021), o perfil funcional parece se revelar o mais propício a esta distinção.

Isso porque, a busca pela funcionalidade de uma determinada norma ou instituto possibilita que se haja uma verdadeira busca pela função para a qual foram concebidos. Com isso, a função meramente estrutural passa a perder seu espaço de centralidade no cerne da discussão, passando o perfil funcional a integrar uma busca pela função de determinado instituto.

Apesar da distinção das situações jurídicas em existenciais e patrimoniais, Teixeira e Konder (2021) enunciam que não se trata de buscar uma nova dicotomia no contexto das situações jurídicas, mas sim no sentido de se adotar uma instrumentalidade quando se observa a situação em concreto, de modo que, de um lado, as situações patrimoniais atendem a um interesse prioritário da coletividade, com fundamento na concretização da dignidade de forma indireta, como se observa com a função social do contrato e da propriedade; as situações existenciais, a seu turno, se inserem dentro de uma lógica que permite a realização direta da

dignidade humana, constituindo terreno fértil para o livre desenvolvimento da personalidade e tendo uma função não social, mas sim pessoal.

A emergência das ditas situações jurídicas existenciais se dá em meio a um espaço no qual a proteção à pessoa tende a se tornar cada vez mais evidente e manifesta na ordem jurídica. Exemplo disso é a positivação dos direitos da personalidade pelo Código Civil de 2002, que no Livro “Das pessoas” passou a destinar um capítulo próprio a tais direitos.

Apesar do notável avanço em relação à postura do Código Civil de 2002, no sentido de positivar os direitos de personalidade, diversas críticas são realizadas à forma como estes foram concebidos pela legislação correspondente. Segundo Dias (2014), muitos autores consideram que a tipicidade de se estabelecer um rol específico desses direitos leva a um juízo que limita os limites tão somente aos direitos estabelecidos no corpo da norma.

Alguns países, como é o caso da Alemanha, sustentam a existência de um direito geral de personalidade ou cláusula geral de proteção à pessoa. No caso específico do Brasil, como era de se esperar, tal possibilidade esbarra diante de uma série de questionamentos e discussões que são suscitados pelos diversos estudiosos especializados.

Cumprir observar que os direitos de personalidade são tidos como um núcleo essencial de direitos, capazes de individualizar a pessoa e a constituir os “modos físicos e morais de ser da pessoa”. É a própria “medula da personalidade”, consoante às lições de Dias (2014, p.38), também não se confundindo com os direitos fundamentais, pois ao passo que estes se relacionam a uma ambiente de atuação vinculado à esfera pública (embora também possam ser oponíveis entre particulares), aqueles se dão somente perante particulares, apesar de alguns direitos de personalidade serem também direitos fundamentais.

Para autores como Paulo Ferreira da Cunha, a submissão da disciplina dos direitos de personalidade à dimensão axiológica dos direitos fundamentais, a partir da Constituição, remete à ideia de existência de um direito geral de personalidade. Por outro lado, autores como José de Oliveira Ascensão sustentam que a ausência de expressa previsão normativa a respeito de um direito geral de personalidade é o que se impossibilita de justificar a existência de um direito desta natureza, se tratando tão somente, segundo o autor, de um direito autônomo e não de um direito fundamental (que seria justamente o direito geral de personalidade) (Dias, 2014).

No entanto, ainda segundo Dias (2014), a afirmação feita por José de Oliveira Ascensão não merece prosperar, pois os direitos de personalidade esbarram diante da possibilidade de serem justificados enquanto corolários da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, o que leva a crer que, muito embora não haja uma previsão normativa expressa, implicitamente o sistema conduziria a um direito geral de personalidade.

Nesse mesmo sentido, Mattietto (2017, p.24) advoga que o estabelecimento de um direito geral de personalidade, ou uma cláusula geral de proteção à pessoa, é uma necessidade da própria sociedade contemporânea hipercomplexa, que impõe ao ordenamento uma “[...] uma estrutura jurídica compreensiva, maleável e não reducionista [...]”, o que implica dizer que os direitos de personalidade não podem ser conformados tão somente a uma lógica formalista e dentro dos direitos subjetivos, pois estes não são capazes, por si só, de atender às amplas perspectivas da potencialidade humana da personalidade, de modo que somente com o estabelecimento de um direito geral de personalidade, ou uma cláusula de proteção à pessoa, é que se pode haver um diálogo com uma técnica hermenêutica aberta e dotada de segurança, capaz de compreender as exigências da sociedade pós-moderna.

Constata-se, diante do exposto, que o estabelecimento de um direito geral de personalidade, ou cláusula geral de proteção à pessoa, parece se conformar ao contexto jurídico-social nacional. Isso porque, como já visto anteriormente, a tradição jurídica brasileira se funda em uma perspectiva que congrega uma verdadeira “*mixagem de tradições*”; o que implica dizer que, muito embora o *civil law* seja o sistema conhecidamente adotado no direito brasileiro, se percebe que não há uma limitação da atividade hermenêutica ao apego à lei formal como fonte única do Direito, embora seja ela a principal.

Portanto, se caminhar no sentido de construir um direito geral de personalidade é garantir que a ordem jurídica reconheça a potencialidade das múltiplas dimensões que a personalidade humana pode assumir. Além disso, diante de todo o avanço tecnológico e científico, cada vez mais acelerado, vale lembrar, e, por conseguinte, a emergência de novos aspectos da personalidade merecedores de tutela, urge a necessidade de se estabelecer um direito geral de personalidade, que seja capaz de compreender a autodeterminação de cada pessoa em desenvolver a personalidade à sua maneira.

Por todo o exposto, resta evidente que a emergência de situações jurídicas existenciais e o livre desenvolvimento da personalidade humana constituem, cada vez mais, centro de preocupações dos debates jurídicos. A necessidade de se garantir uma prioritária proteção à pessoa, matéria antes regulada tão somente pelo Direito Público, em especial o Constitucional, passa a irradiar para as normas de Direito Civil, fazendo com que este seja não somente um espaço de realização do tradicional homem concebido segundo as diretrizes clássicas, mas, acima de tudo, como um terreno fértil para a autorrealização da pessoa e de todos os aspectos concernentes à sua existencialidade e seu desenvolvimento no seio da sociedade, bem como no âmbito de seu projeto de vida individual.

### **3 EXISTENCIALIDADE HUMANA NO ÂMBITO NEGOCIAL: o advento dos negócios jurídicos existenciais**

A proteção à pessoa dentro do Direito Civil passou a constituir uma tendente preocupação entre os juristas, sobretudo quando se considera os diversos aspectos da personalidade humana, que passa a ser lida sob uma perspectiva individual e específica de cada pessoa, a partir de suas singularidades.

Apesar dos inúmeros avanços em relação à proteção da pessoa conferida pelo Direito Civil, a exemplo da emergência da positivação dos direitos de personalidade, já mencionados anteriormente, alguns institutos ainda conservam uma estrutura predominantemente tecnicista e voltada à funcionalização da categoria lucrativa. É o que se observa, por exemplo, com os contratos, que, em geral, são estudados no Direito Civil tão somente sob um aspecto patrimonial, relegando a um segundo plano aqueles que têm por objeto questões de natureza existencial.

Este cenário, contudo, parece não se conformar às transformações pelas quais o Direito Civil vem atravessando na atualidade, pois sua órbita de atuação sai de uma esfera prioritariamente voltada à proteção do patrimônio e, somando-se a esta, passam a ser tuteladas, igualmente, situações de natureza existencial.

E é partindo desta premissa que este tópico se debruçará diante de uma investigação relativa aos negócios jurídicos existenciais. Assim como os contratos, os negócios jurídicos ainda se conservam dentro de uma estrutura rígida, técnica e formalista, que, por vezes, parece não ser capaz de abranger os negócios cujo objeto possui um conteúdo essencialmente existencial.

Sendo assim, este capítulo se iniciará com uma abordagem relativa às clássicas lições do direito negocial, com enfoque em relação à sua teoria geral tradicionalmente estudada e voltada à funcionalização do aspecto patrimonial; logo em seguida, se analisará uma possível dicotomia dos negócios jurídicos em existenciais e patrimoniais, com o objetivo de investigar a função de cada um e as interseções que se estabelecem entre o patrimônio e a realização da pessoa humana; por fim, serão analisados, especificadamente, os negócios jurídicos existenciais e sua relação com o livre desenvolvimento da personalidade humana, a partir de um diálogo que congregará autonomia privada, vulnerabilidade e negociabilidade.

#### **3.1 Direito negocial: delineamentos introdutórios e teoria geral clássica**

Não raro é encontrar a definição de negócio jurídico como sendo “[...] a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, o ato de vontade dirigido a fins práticos pelo ordenamento jurídico, ou declaração de vontade, pela qual o agente pretende atingir determinados efeitos admitidos por lei”, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2022, p.447-448). Este conceito, disseminado por inúmeros doutrinadores a respeito da concepção de negócio jurídico, parte de uma visão tecnicista, formal e rígida, que impõe uma leitura ao negócio jurídico de um ponto de vista estritamente patrimonial, além de inseri-lo dentro de uma lógica que remete a uma função predominantemente estrutural, conforme Teixeira e Konder (2021).

No entanto, ao considerar as recentes transformações que emergem na sociedade pós-moderna, é possível observar que a função tão somente estrutural parece não se amoldar às novas exigências sociais, uma vez que passa a se primar muito mais em busca de um perfil funcional dos institutos jurídicos, isto é, sua real função e objetivo diante da ordem jurídica, do que pelo aspecto propriamente e tão só rígido, técnico e formal, como enunciado por Teixeira e Konder (2021).

Diante disso, passa-se, a partir de agora, a uma análise acerca de aspectos introdutórios na clássica estrutura e teoria do negócio jurídico, que se revela de extrema importância para o objetivo central deste capítulo, tendo em vista que este se propõe a analisar a categoria dos negócios jurídicos existenciais e seu diálogo com o livre desenvolvimento da personalidade.

Dito isto, é importante que se deixe em relevo, inicialmente, que, diante dos acontecimentos da vida em sociedade, o Direito acaba por trazer para o seu campo de atuação alguns desses fatos, valorando-os e impondo repercussões jurídicas a partir de sua ocorrência, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2022). Nesse contexto, os conceitos de direito objetivo e direito subjetivo assumem especial relevância, razão pela qual passarão a ser expostos logo a seguir.

O direito objetivo é tido como o direito posto, ou seja, o complexo de normas emanadas pelo ordenamento jurídico, as quais impõem aos seus destinatários permissões ou proibições de conduta. É a norma positivada e de caráter genérico, tendo em vista que é destinada a todos os integrantes do corpo social (Gagliano; Pamplona Filho, 2022).

Por outro lado, o direito subjetivo surge sempre dentro de uma perspectiva permissiva; é a própria faculdade ou possibilidade de toda pessoa poder agir conforme os mandamentos do direito objetivo. *Vide*, a título de exemplo, o direito de usar, gozar e dispor acerca de determinado bem jurídico, o direito de se ter um nome, de ir e vir, etc., que são permissões do ordenamento jurídico que conferem aos seus destinatários a possibilidade de titularizar estes

direitos conforme os parâmetros estabelecidos pela norma juridicamente posta (Gagliano; Pamplona Filho, 2022).

No que toca, ainda, o direito subjetivo, Lêdo, Sabo e Amaral (2017) asseveram que pode ser ele traduzido a partir da fórmula poder-dever. Neste caso, o poder corresponde à titularidade que o detentor do direito tem de exigir em face do outro polo da relação jurídica a obrigação a ele correspondente; ao passo que o dever consiste no encargo que a outra parte da relação tem que cumprir em face do detentor da titularidade do direito. É, em suma, um poder que um titular de direitos tem sobre outra pessoa de lhe exigir os direitos que lhes sejam próprios, conservando, nesse sentido, um caráter de oponibilidade. Ainda segundo os autores, este poder pode ser relativo a um direito determinado (como ocorre nas relações de crédito) ou a um direito indeterminado (como acontece nos direitos reais).

Dentro dessa discussão, um ponto levantado por Lêdo, Sabo e Amaral (2017) seria a possibilidade de o objeto do direito subjetivo ser a pessoa, assunto que se mostra essencial à construção deste trabalho, justamente em razão do debate que se tem aqui em torno do livre desenvolvimento da personalidade humana e da probabilidade de a pessoa decidir, em razão disso, os caminhos a serem seguidos quando submetida a intervenções e tratamentos médicos em caso de incapacidade de tomar decisões por si mesma.

Para os autores, a possibilidade de se haver um direito subjetivo cujo objeto seja a própria pessoa se justifica no fato de que o “direito da pessoa sobre si mesma” pode se expressar em diversas situações previstas pelo sistema, como o respeito à vida, à honra, à integridade físico-moral, etc., assim como em todas as situações em que se haja uma perspectiva de desenvolvimento da personalidade. Nesse sentido, uma vez o desenvolvimento da personalidade gozando de um *status* protetivo conferido pela ordem jurídica, as respectivas projeções decorrentes desta proteção devem ser abrangidas pela possibilidade de serem titularizadas pelos seus detentores, dentro dos limites impostos pela ordem legal.

Entretanto, na maioria das vezes, o direito subjetivo, dentro de sua concepção clássica, até então aqui apresentada, parece não se mostrar suficiente à concretização de um livre desenvolvimento da personalidade humana enquanto objeto de uma proteção conferida pelo Direito. É o que asseveram as lições de Lêdo, Sabo e Amaral (2017), os quais aduzem que o conceito de relação jurídica surge a partir da ideia do direito subjetivo, pois esta se funda a partir de uma realidade legal pré-existente e que a situação fática deve tão somente se subsumir.

O problema desta concepção em torno do direito subjetivo e da relação jurídica reside, justamente, no fato de não ser capaz de abranger todas as situações que emergem na sociedade, sobretudo no cenário atual, em que os avanços científicos e tecnológicos se mostram cada vez

mais crescentes, exigindo do Direito respostas rápidas e condizentes à realidade projetada no meio social, o que nem sempre é possível por força da lei posta (direito objetivo) e, por conseguinte, do direito subjetivo, principalmente no Brasil, adepto ao sistema de *civil law* (cuja fonte primordial do Direito é a lei) e o processo de elaboração das normas se mostra extremamente complexo e demorado, na maioria das vezes, não satisfazendo às necessidades imediatas da sociedade e colocando o Poder Judiciário dentro de um espaço de verdadeiro ativismo judicial, trazendo para si uma função atípica, que estaria a cargo do Poder Legislativo.

Partindo deste pressuposto, as situações jurídicas, diferentemente da clássica concepção em torno do direito subjetivo e da relação jurídica, se apresentam enquanto resultado de uma valoração realizada pelo Direito, “[...] na medida em que reage sobre a realidade social [...]”, conforme Lêdo, Sabo e Amaral (2017, p.5). A principal diferença da categoria da situação jurídica em relação às demais seria justamente a possibilidade de compreender as diversas situações fáticas que surgem em meio a sociedade contemporânea hipercomplexa, não se limitando tão somente à norma jurídica posta e ao direito subjetivo como forma de o titular de determinada situação em exigir de outrem as obrigações decorrentes de sua titularidade de direitos.

Trazendo este conceito para as linhas específicas do presente trabalho, é possível perceber que, nos casos envolvendo o testamento vital, negócio jurídico de caráter existencial, conforme será visto *a posteriori*, o testador deixa registrado todos os procedimentos aos quais quer se submeter em caso de incapacidade de decidir por si próprio. Repare-se que, em um primeiro momento, não há a conformação desta situação à categoria de direito subjetivo, pois as normas a respeito do assunto são praticamente restritas e não decorrem de lei, mas tão só de atos normativos emanados do Conselho Federal de Medicina, ou seja, não são provenientes do Poder Legislativo e não constituem, por conseguinte, norma jurídica em sentido estrito.

Além disso, ainda no que concerne o testamento vital, também é possível observar que não há, pelo menos de início, a conformação à tradicional concepção de relação jurídica, que, além de pressupor a existência de um direito subjetivo, também exige a presença de dois polos dentro da relação, o que não acontece no testamento vital, em que a relação se exprime e se aperfeiçoa tão somente pela exteriorização do desejo do testador a respeito de sujeição a procedimentos e técnicas médicas quando estiver em estado de incapacidade decisória.

A bilateralidade própria do conceito de relação jurídica, vale dizer, não se mostra apenas insuficiente às categorias não abrangidas pelo direito subjetivo, mas, igualmente, a situações que encontram correspondência no próprio direito subjetivo, como a promessa de recompensa, situação em que não há a determinação de um dos polos da relação jurídica de início.

Portanto, resta evidente, por todo o exposto, que determinadas situações não são capazes de serem atendidas pelas categorias então existentes e amplamente utilizadas na esfera jurídica. Em razão disso, urge a necessidade de se estabelecer a ampliação das chamadas situações subjetivas, que são capazes de congregam não apenas fatos previstos pela norma jurídica posta, mas também acontecimentos que trazem relevância e são valorados pelo Direito, especialmente aquelas relativas à personalidade humana, pois como já visto em capítulo anterior, a opção do legislador brasileiro em positivar tão somente alguns direitos de personalidade faz com que algumas situações que surgem no contexto das transformações científicas e tecnológicas da modernidade sejam relegadas a um segundo plano, não gozando, conforme as concepções clássicas, de um *status* protetivo.

As premissas anteriormente expostas, relativas ao direito objetivo e subjetivo, bem como à relação jurídica e ao fato jurídico, servem de suporte para o negócio jurídico na forma como tradicionalmente é concebido, que ainda hoje é utilizada amplamente pelos ordenamentos, inclusive o Brasil; o que acaba por conferir ao negócio jurídico um caráter estritamente formal, tecnicista e rígido, em atendimento à firme construção lógico-formalista em que ele se assenta. É o que se pode corroborar a partir das lições de Lêdo, Sabo e Amaral (2017, p.6), segundo os quais:

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

Dessa forma, resta claro que o negócio jurídico ainda se insere dentro de uma concepção predominantemente rígida e formal, destinada a satisfazer um perfil estrutural do instituto, ao passo que o aspecto funcional é relegado a um segundo plano, em contramão às transformações pelas quais passa a sociedade contemporânea hipercomplexa.

À vista disso, pode-se observar que ainda há um verdadeiro apego da dogmática civilista no sentido de se trilhar um caminho alicerçado em um Direito Civil autossuficiente e formalista, com estruturas que se destinam, prioritariamente, não a atender os valores sociais, mas a serviço da construção de um Direito rígido e soberano, insuscetível de se amoldar às transformações sociais.

3.2 Entre a pessoa e o patrimônio: o estabelecimento de uma necessária dicotomia na classificação dos negócios jurídicos



O negócio jurídico, a partir de sua teoria geral clássica, impõe uma leitura que o insere dentro de uma perspectiva que se fundamenta a partir das tradicionais estruturas que se assentam no direito subjetivo e na relação jurídica. No entanto, conforme já mencionado anteriormente, esta concepção nem sempre é capaz de abranger todas as situações que são relevantes para o Direito, em razão de variados aspectos.

Dentre eles, importante citar a redução do conceito de relação jurídica à fórmula “direito *versus* dever”, a qual não se mostra universalmente adequada às novas situações que surgem no seio da sociedade contemporânea, tendo em vista que em determinados casos não há uma relação simbiótica composta pela fórmula mencionada, como é o caso, por exemplo, do testamento vital, objeto de estudo do presente trabalho, em que não há, pelo menos de início, uma relação de direitos e deveres recíprocos, pois a vontade do testador, por si só, em consonância aos preceitos de ordem formal, por óbvio, já é capaz de aperfeiçoar a relação e, assim, não traz deveres imediatos para outra parte, porquanto esta, inicialmente, não é definida.

Dito isto, cumpre mencionar que o Direito atribui valoração a determinados fatos ocorridos na vida em sociedade, sejam eles provenientes da vontade humana ou não. A razão para isso se justifica em razão das consequências que estes fatos trazem para a complexa vida em sociedade. Nesse sentido, no que concerne os atos oriundos da vontade humana, o Código Civil de 2002 trouxe duas categorias: os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos (Gagliano; Pamplona Filho, 2022).

Os atos jurídicos em sentido estrito são manifestações da vontade humana que trazem consigo efeitos predeterminados por lei. É o que se pode observar, por exemplo, no ato de reconhecimento de um filho, pois muito embora seja proveniente da vontade humana, os efeitos daí decorrentes são aqueles que já são preexistentes na lei, como o direito de prestar alimentos, de dar assistência aos filhos menores, dever de proteção e cuidado, etc. (Gagliano; Pamplona Filho, 2022).

Por sua vez, os negócios jurídicos representam a manifestação de vontade humana em que os efeitos decorrentes da declaração são aqueles que se dão nos termos estabelecidos entre as próprias partes, observados os mandamentos legais relativos à validade e eficácia do ato. Para alguns autores, trata-se da mais genuína expressão da vontade humana na esfera jurídica, uma vez que o campo da negociabilidade passa a constituir um verdadeiro espaço de liberdade e autonomia para aqueles que desejam exercer sua vontade individual (Gagliano; Pamplona Filho, 2022).

Contudo, é importante que se deixe em relevo que os negócios jurídicos se tratam de criação recente, que somente fora positivada após a edição do Código Civil de 2002. No âmbito

da legislação anterior (Código Civil de 1916) todas as manifestações de vontade humana eram enquadradas como ato jurídico em sentido estrito, não trazendo, nesse contexto, uma diferenciação como aquela em que o diploma civil atual faz.

Segundo Nagashima, Espolador e Gonzales (2021) a inovação do Código Civil de 2002 em trazer uma diferenciação entre os atos jurídicos em sentido estrito e o negócio jurídico demonstra duas dimensões: 1) a primeira delas se revela no evidente fato de o Código Civil de 1916 ser uma legislação concebida a partir de um conceito de autossuficiência, segurança jurídica e apego à literalidade da norma posta, o que acabou não se concretizando com efeito da forma como fora concebida, em razão das profundas transformações sociais ocorridas durante o século XX; 2) a opção de o legislador de 2002 em privilegiar a vontade humana e os efeitos dela decorrentes enquanto mola propulsora das relações sociais, conferindo ao campo negocial um terreno fértil para o livre desenvolvimento das questões atinentes à liberdade individual da pessoa humana. Trata-se de uma verdadeira postura de reconhecimento da eficácia normativa da declaração de vontade pelo Direito Civil.

Portanto, trazer uma perspectiva de negócio jurídico fundada a partir dos planos da existência, validade e eficácia parece muito mais se amoldar à realidade projetada no meio social do mundo contemporâneo do que tão somente uma limitação aos próprios efeitos queridos pela norma, pois a massificação da sociedade e as complexas relações que daí decorrem não permitem que o fiel apego à norma positivada seja capaz, por si só, de concretizar e garantir o desenvolvimento da sociedade.

Embora não se possa olvidar a respeito da importância que a teoria geral do negócio jurídico assume no contexto do mundo contemporâneo, já fora visto anteriormente que as bases em que este instituto se assenta ainda partem de uma visão predominantemente estrutural do Direito. O caminhar da sociedade no momento atual exige novas soluções jurídicas que não se amoldam a estruturas técnico-formalistas e que não abrem espaço para diálogo com os novos reclames da sociedade contemporânea.

Não se pode, contudo, como vem sendo exposto, acreditar que o caminhar do Direito Civil se dê sempre a partir de um conceito soberano, rígido e formal em atenção ao seu perfil estrutural. Pelo contrário. Na atualidade, o perfil estrutural acaba por se adequar às novas exigências sociais e, com isso, a trazer novas perspectivas para o Direito.

Isso pode ser observado a partir da verificação da ideia de complementariedade pressuposta entre os considerados clássicos e novos princípios na interpretação dos negócios jurídicos. Neste caso, princípios como a autonomia da vontade, a obrigatoriedade dos pactos e a relatividade dos efeitos contratuais passam a se somar a princípios que decorrem dos valores

sociais e éticos da realidade atual, como a função social, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico, em um verdadeiro contexto de interdependência entre si, conforme Nagashima, Espolador e Gonzales (2021).

Muito embora diversos autores afirmem que a emergência de novos princípios em matéria de Direito Civil, os quais, em geral, possuem um caráter predominantemente social, levem a um desprestígio e verdadeira perda do estatuto epistemológico da disciplina, como enunciado por Rodrigues Júnior (2010), não se pode negar que o sistema atual convive, não de forma totalmente harmônica, mas dentro de uma ideia de coexistência, entre os clássicos e novos princípios.

Consoante elucidam Nagashima, Espolador e Gonzales (2021) a ideia de complementariedade e coexistência entre ambos os princípios, tanto os de natureza liberal, como aqueles de ordem social, permitem que se haja um processo dialógico de operacionalização em detrimento do clássico e suposto antagonismo que sempre operou entre as linhas do liberalismo e da socialidade. Portanto, não se trata de eliminar do negócio jurídico o seu aspecto clássico volitivo e atinente à liberdade individual. Pelo contrário. Mas de submeter estas clássicas concepções a novos valores que permitem uma funcionalização do negócio jurídico a cargo da sociedade e não somente como sendo um fim fundado em si mesmo.

Diante disso, surge a necessidade de se estabelecer uma dicotomia dos negócios jurídicos em patrimoniais e existenciais (ou extrapatrimoniais). A razão para tal fato é justamente no sentido de que, muito embora se reconheça a necessária operacionalização e convivência recíproca entre princípios clássicos e atuais, o objeto das duas espécies se mostra diametralmente oposto, o que acaba por conduzir a uma atividade hermenêutica distinta.

Veja-se que não é razoável se falar em uma mesma interpretação entre uma situação que se presta à produção e circulação de determinado produto de conteúdo prioritariamente econômico e outra que tem como objeto um direito de personalidade, como ocorre no testamento vital ou nos casos envolvendo doação de material genético, por exemplo.

E é diante de tal fato que emerge a necessária dicotomia na classificação dos negócios jurídicos. De um lado, os negócios jurídicos de natureza patrimonial se prestam a tutelar situações cujo objeto seja um conteúdo economicamente aferível e passível de facilmente se amoldar às ideias de livre mercado, igualdade formal e produção e circulação de riquezas, impondo uma leitura de conteúdo liberal, em geral, à interpretação destes tipos de negócios (Lima; Santos; Marquesi, 2018).

Por outro lado, os negócios jurídicos existenciais parecem não se conformar às mesmas premissas nas quais se assentam os negócios patrimoniais. Isso porque, segundo Nagashima,

Espolador e Gonzales (2021), os negócios jurídicos existenciais podem assumir uma dupla função, sempre relacionada à proteção da pessoa: 1) um aspecto que vise satisfazer à subsistência do indivíduo, em que uma das partes acaba por se encontrar em posição de hipossuficiência na relação, como é o caso, por exemplo, de um contrato de fornecimento de energia elétrica (perceba-se que muito embora exista um conteúdo economicamente aferível, o que prevalece é o interesse maior da parte hipossuficiente da relação, justamente no sentido de se garantir sua subsistência na vida em sociedade); 2) um aspecto que está relacionado ao livre desenvolvimento da personalidade humana e acaba por congrega questões atinentes à privacidade, ao corpo, à vida, dentre outros, estando em estreita aproximação com a autonomia privada existencial ou autodeterminação.

Este último aspecto do negócio jurídico existencial é o que interessa ao presente trabalho, tendo em vista sua discussão em torno do testamento vital, que, como argumentado inicialmente, é uma expressão de concretização da autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade no sentido de decidir aspectos da própria existencialidade humana, razão pela qual, no âmbito da presente investigação, se adotará uma perspectiva de negócio jurídico existencial sempre neste contexto, isto é, de ser um meio capaz de desenvolver livremente a personalidade.

Todas estas peculiaridades atinentes ao negócio jurídico existencial levam a uma interpretação que se presta a estabelecer cânones interpretativos distintos em contraponto aos clássicos negócios jurídicos de natureza patrimonial. Como já elucidado anteriormente, ambos os negócios pressupõem e perseguem objetos distintos, o que acaba por conduzir a uma ideia de necessária interpretação diferenciada para cada uma das espécies.

De modo específico, a interpretação dos negócios jurídicos existenciais será melhor abordada no próximo tópico do presente capítulo, a fim de situar as linhas hermenêuticas que fundamentam estes tipos de negócios e acabam por guiar o intérprete diante do caso concreto.

Antes disso, contudo, é importante deixar em destaque que a atribuição de uma atenção especial à pessoa e suas especificidades e potencialidades não deve ser motivo para a desvirtuação na atividade interpretativa dos negócios jurídicos patrimoniais. Segundo Lima, Santos e Marquesi (2018) deve se voltar uma atenção diferenciada tão só de um ponto de vista em que os negócios existenciais não possam ser situados na mesma órbita interpretativa dos negócios patrimoniais; do contrário, continuam os negócios jurídicos patrimoniais servindo à efetivação da vontade humana dentro dos mandamentos da ordem legal.

Por todo o exposto, compreendida a dicotomia existente entre as duas espécies de negócio jurídico, passa-se, então, a uma análise relativa, de modo específico, aos negócios

jurídicos de natureza existencial, a partir de um diálogo que congrega autonomia privada, vulnerabilidade e negociabilidade, com o fito de situá-los dentro do espaço da ordem jurídico-legal e, assim, compreender quais os seus fundamentos e o caminho a ser percorrido diante da interpretação de normas que sejam a eles atinentes sob a ótica do livre desenvolvimento da personalidade humana.

### 3.3 Negócios jurídicos existenciais e personalidade humana: um diálogo entre autodeterminação e negociabilidade

Observou-se até aqui que o estabelecimento de uma dicotomia na classificação dos negócios jurídicos (em patrimoniais e existenciais, ou extrapatrimoniais) se traduz em uma postura necessária, tendo em vista que o intérprete, diante do caso concreto, deverá conduzir sua atividade hermenêutica considerando o objeto perseguido pelo negócio jurídico e procurar, nas situações em que haja um predominante interesse existencial, a primar por este e resguardar os aspectos relativos à existencialidade humana.

Partindo de tal pressuposto, é importante ressaltar que Nagashima, Espolador e Gonzales (2021) apontam que a diferença substancial entre negócios jurídicos patrimoniais e existenciais reside no fato do objeto que cada um persegue. Como já visto anteriormente, os negócios jurídicos de natureza patrimonial têm como objeto situações que visam o lucro e se relacionam diretamente com os conceitos de livre mercado e liberdade individual, além de pressupor uma posição de igualdade entre as partes contraentes. Os negócios existenciais, por sua vez, partem de uma visão que considera o aspecto da existencialidade humana como o centro de maior interesse em relação ao objeto pactuado, se correlacionando, nesse sentido, com questões como subsistência e livre desenvolvimento da personalidade humana.

Ainda consoante às lições de Nagashima, Espolador e Gonzales (2021) se faz necessária uma distinção entre o fundamento de cada uma das espécies dicotômicas de negócio jurídico ora apresentadas. Para eles, ao passo que os negócios jurídicos patrimoniais encontram sua razão de ser na autonomia privada, os negócios existenciais, diferentemente, partem de um pressuposto que se assenta na denominada autonomia privada existencial ou, simplesmente, autodeterminação. Diante disso, impõe-se uma necessária distinção entre os dois conceitos, a fim de situar a zona de atuação de cada um e a incidência da atividade interpretativa em face de ambas as situações.

Para se entender a autonomia privada é necessário, antes, compreender a autonomia da vontade, já que aquela surge em decorrência das experiências em relação a esta. A autonomia

da vontade constitui uma verdadeira expressão dos dogmas do modelo de Estado Liberal, sendo seus ideais fundados na igualdade formal, na liberdade individual e na valorização da livre iniciativa, conforme Reckziegel e Fabro (2014). Trata-se de uma verdadeira expressão dos chamados direitos de primeira dimensão ou geração, surgidos em meio às Revoluções Liberais-Burguesas do século XVIII, que exigia do Estado uma postura negativa e absenteísta frente às garantias conferidas aos cidadãos.

Ocorre que após a experiência da autonomia da vontade em meio a todo o contexto de ascensão e disseminação das ideias liberais, a sociedade passa a reclamar por uma atuação positiva e prestacionista do Estado, no sentido de se garantir os direitos das pessoas. Dessa forma, a liberdade individual irrestrita não mais satisfaz as necessidades da vida em sociedade e há a necessidade de se impor uma mudança na postura do aparelho estatal, como refere Diógenes Júnior (2012). Dentro desse contexto, a autonomia privada assume um papel de especial relevância no processo de transformações ligadas ao Direito Privado.

Com isso, ao se sair de um espaço situado em uma zona de livre arbítrio praticamente irrestrita, a autonomia passa a se situar dentro de um ambiente em que à liberdade individual somam-se as normas legais emanadas do Estado, no sentido de se coibir eventuais discrepâncias oriundas de relações de desigualdade e com base em experiências anteriores, sobretudo aquela experimentada no Estado Liberal (Reckziegel; Fabro, 2014). Desse modo, começa a se delinear um movimento de intensas transformações no cenário jurídico-social, com a incidência de normas e valores éticos e morais em uma área de atuação até então impensável de ser atingida por limitações estatais às liberdades individuais.

Passa a ser não mais a autonomia subordinada à vontade fundada em si mesma, mas sim à condução de uma ideia de autonomia da própria pessoa; por isso, então, se fala não mais em autonomia da vontade e sim em autonomia privada. Tal fato pode ser corroborado a partir das lições de Grau (2001, p.78) *apud* Costa e Cardin (2022, p.422), segundo as quais:

A mudança de perspectiva sobre a compreensão da autonomia da vontade é, portanto, profunda: deixa-se de considerar o indivíduo como senhor absoluto da sua vontade, para compreendê-lo como sujeito autorizado pelo ordenamento a praticar determinados atos, nos exatos limites da autorização concedida.

Dito isto, de acordo com Nagashima, Espolador e Gonzales (2021), é possível observar a incidência da autonomia privada em diversos institutos e situações jurídicas no contexto do Direito Civil na atualidade. Exemplo disso é a funcionalização de clássicas estruturas e institutos, como o contrato e a propriedade, que deixam de possuir um caráter absoluto e passam

a ser relativizados em razão de interesses da coletividade, inserindo-se dentro de um caráter de socialidade.

Contudo, Lêdo, Sabo e Amaral (2017) aduzem que a autonomia privada, por si só, não é capaz de compreender todos os aspectos da existencialidade humana, o que acaba por impactar, por conseguinte, nos negócios jurídicos existenciais. Isso porque, a dimensão ontológica do ser humano passa a exigir uma atuação mais atenta e individualizada por parte do Direito, de modo que cada indivíduo deve ser considerado na medida de suas necessidades e especificidades individuais.

É nesse contexto que, na perspectiva das situações existenciais, emerge a chamada autonomia privada existencial ou, simplesmente, autodeterminação. Este espaço de autonomia desafia a tradicional estrutura de direito subjetivo e, por conseguinte, de negócio jurídico, pois passa a regular as chamadas situações existenciais, cujo objeto compreende o espaço mais íntimo de autorrealização da pessoa, dentro de uma esfera que, em regra, deverá prevalecer sua vontade, a partir da individualidade de cada um, encontrando seu fundamento no pluralismo jurídico garantido pelo ordenamento (Lêdo; Sabo; Amaral, 2017).

A autodeterminação, então, emerge em meio a um espaço em que o constituinte, ao eleger a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República, passa a (re)conduzir o ser humano ao centro do ordenamento, colocando-o em posição privilegiada e merecedora de tutela diferenciada. É sob esse fundamento, o qual erige em meio ao pluralismo e ao reconhecimento das especificidades de cada indivíduo, que se oportuniza à pessoa humana a possibilidade de conduzir seu próprio projeto de vida, na medida de projeção de suas necessidades e individualidades (Teixeira, 2018).

Dessa forma, a autonomia privada existencial se encontra imersa em meio a um cenário que talvez represente a esfera mais íntima do ser humano, de modo que este poderá agir em conformidade ao que entende ser mais adequado para si; se traduzindo em “[...] decisões autorreferentes a si mesma, ao seu corpo, à sua individualidade [...]”, segundo as palavras de Teixeira (2018, p.96).

Sua defesa, à vista disso, se encontra assentada na própria Constituição Federal, que não se limita ao expressar o desejo do legislador constituinte em efetivar a proteção à pessoa humana, mas, acima de tudo, de tutelá-la prioritariamente e a garantir-lhe a faculdade de seguir o seu próprio projeto de vida a partir de suas escolhas individuais, sem que um terceiro, em especial o Estado, possa por ela decidir e acabe por incorrer em uma atuação arbitrária e dissonante à realidade da dimensão axiológica constitucional, a qual privilegia a vontade humana como mola propulsora das relações sociais, sobretudo aquelas tidas como

autorreferentes, isto é, que dizem respeito às esferas mais íntimas da vida de cada um, como aspectos relacionados ao corpo, por exemplo (Teixeira, 2018).

Esta proteção encontra respaldo, ainda segundo Teixeira (2018), em diversas passagens do texto constitucional. A dignidade da pessoa humana, bem como o asseguramento e proteção da liberdade, privacidade e intimidade, demonstram a opção do sistema em se primar pela vontade humana individual como guia legitimadora das decisões pessoais autorreferentes em matérias consideradas tão íntimas que só podem pela pessoa serem tomadas, pois são “eticamente sensíveis”. É, pois, a própria expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana.

É importante que se compreenda, vale mencionar, o sentido e os limites de atuação da autodeterminação diante da circunstância fática. Muito embora não se haja uma previsão expressa a respeito deste princípio, como já restou evidenciado, sua proteção pela ordem jurídica pode ser observada a partir de uma dimensão do conteúdo axiológico do sistema. Ou seja, em diversos momentos da legislação, em especial do texto constitucional, é possível perceber uma forte atuação do legislador no sentido de se primar pela tutela do ser humano individualmente considerado a partir de suas reais necessidades.

Para compreender os espaços e limites em que a autorrealização da pessoa se encontra, foram utilizados aqui trabalhos acadêmicos que trazem, justamente, uma perspectiva desta compreensão totalizante da ordem jurídica, a partir de uma leitura que impõe uma leitura sob a perspectiva da dimensão axiológica. À vista disso, foi possível observar que, muito embora a autodeterminação encontre guarida e amparo à luz da sistemática atual, é necessário saber quais os espaços e limites anteriormente referidos.

Nesse sentido, Teixeira (2018), bem como Lêdo, Sabo e Amaral (2017), ensinam que, uma vez partindo do pressuposto de que a autodeterminação se funda em uma ideia de respeito à autonomia existencial da pessoa, sua exteriorização deve se dá a partir de atos que sejam espontâneos, livres e esclarecidos, buscando, ao máximo, expressar a vontade do declarante livre de qualquer mácula que possa comprometê-la.

Neste ponto, os negócios jurídicos existenciais parecem se conformar, inclusive, à clássica teoria do negócio jurídico, que traz consigo a necessidade de a vontade declarada no instrumento ser livre e esclarecida, desapegada de quaisquer vícios que possam, por exemplo, torná-la anulável perante o ordenamento jurídico, como os vícios ou defeitos do negócio jurídico, constantes do Capítulo IV do Título referente aos Fatos Jurídicos do Código Civil de 2002, quais sejam: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude (Teixeira, 2018). Dessa forma, é possível observar que os limites à autodeterminação esbarram tão somente em



restrições internas nas quais a liberdade da própria pessoa possa sofrer algum risco de não ter sido exercida de forma plena, livre e esclarecida.

Portanto, ante o que fora aqui exposto, resta evidente que a autonomia tem atravessado, substancialmente, profundas transformações em sua estrutura e funcionalidade. Passando de um perfil predominantemente individualista e voltado a satisfazer unicamente à vontade, está, atualmente, a cargo da pessoa humana na medida de sua individualidade, a partir de uma atuação permitida nos termos da dimensão axiológica da ordem jurídica.

A autodeterminação, ou autonomia privada existencial, nesse sentido, assume um lugar de especial destaque nas discussões em torno de autonomia e liberdade individual na atualidade. A partir da prioritária proteção à pessoa e do reconhecimento de direitos individuais, como a liberdade, a privacidade e a intimidade, o sistema passa a possibilitar a cada indivíduo a construção de um projeto de vida individual e de acordo com suas necessidades e especificidades.

Muito embora a estrutura em que se funda o ordenamento jurídico brasileiro seja assentada a partir da perspectiva do direito subjetivo, o Poder Judiciário vem exercendo um papel de sobremaneira influência no sentido de se considerar e garantir a tutela das situações jurídicas existenciais, tendo em vista sua incompatibilidade com a estrutura de subsunção trazida pelo direito posto, passando a constituir um espaço onde os negócios jurídicos existenciais encontram terreno fértil para o seu respectivo desenvolvimento, rompendo com barreiras de ordem lógico-formal e funcionando como verdadeiro mecanismo de concretização do livre desenvolvimento da personalidade.

Assim sendo, os negócios jurídicos existenciais emergem e se situam dentro de uma esfera que possibilita uma interpretação diferenciada em relação aos negócios de natureza patrimonial. Se, de um lado, estes se fundamentam na autonomia privada, os negócios existenciais encontram na autodeterminação seu lugar de fecunda expansão, possibilitando que o campo negocial não se restrinja tão somente a uma tutela imperativamente patrimonial, mas que possa congrega um ambiente capaz de efetivar o livre desenvolvimento da personalidade humana em uma clara correspondência ao catálogo de valores eleitos como fundamentais pelo sistema.

#### **4 O TESTAMENTO VITAL E O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA**

A biotecnologia tem constituído um tendente espaço de crescimento no mundo globalizado atual, oportunizando ao ser humano vivenciar situações até então imagináveis e, por conseguinte, impactando na qualidade de vida das pessoas, que tende a melhorar diante dos avanços do progresso científico e da medicina. Questões como preservação do meio ambiente, controle de doenças infecciosas, medicina personalizada, manipulação de microrganismos, dentre outros, passam a refletir os impactos da biotecnologia na vida em sociedade, que percorre um caminho ao qual é comumente atribuído o avanço da humanidade e a melhoria da qualidade de vida da população.

Dentre as discussões que surgem nesse sentido, estão as diretivas antecipadas de vontade, que, em breves linhas gerais, permitem à pessoa plenamente capaz a possibilidade de manifestar sua vontade de maneira antecipada no que toca os cuidados e tratamentos médicos aos quais deseja ser submetida quando estiver em impossibilidade de decidir por si mesma. Estas diretivas, que serão melhor elucidadas posteriormente em tópico específico, vem à lume dentro das novas discussões em torno das perspectivas e limites à autodeterminação. Subdividem-se, ainda, vale dizer, em mandato duradouro e testamento vital, sendo este último o objeto de estudo central do presente capítulo.

Em que pese a importância de conceitos e distinções dentro da discussão ora proposta, que ganhará um tópico específico para tanto, o testamento vital, muito embora constitua centro de intensos debates realizados não apenas por juristas, mas por toda a sociedade em geral, ainda encontra um ambiente tímido em relação à sua normatização dentro do sistema, não havendo, vale ressaltar, nenhuma norma jurídica em sentido estrito que trate a respeito da matéria, sendo as normas a ele atinentes apenas aquelas provenientes do Conselho Federal de Medicina.

Diante disso, o presente capítulo se destinará a investigar o testamento vital como uma possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial, constituindo o ponto central deste trabalho, muito embora se reconheça a importância dos demais, os quais, inclusive, servirão de aporte para a compreensão do objetivo proposto no âmbito deste capítulo.

Dito isto, cumpre mencionar que a discussão ora proposta se iniciará com breves considerações gerais acerca do testamento vital, trazendo conceitos, distinções e perspectivas em torno da temática, a fim de se propiciar uma familiarização com o objeto de estudo e situá-lo na investigação apresentada. Logo em seguida, far-se-á uma análise acerca de um possível

direito de personalidade ao testamento vital, com o objetivo de congregar as discussões anteriormente expostas em torno de questões afetas à personalidade humana, como cláusula geral de proteção à pessoa, situações jurídicas existenciais e direito subjetivo, em um contexto de correlação com o testamento vital. Por fim, serão analisadas possíveis limitações à autodeterminação no que toca o testamento vital na esfera negocial, de modo que a razão para tal análise reside justamente no fato de o sistema não admitir que os direitos de personalidade sejam limitados voluntariamente nem mesmo pelo seu titular. Desta premissa, far-se-á uma investigação se há uma possível divergência entre a norma imposta à limitação aos direitos de personalidade e a autonomia negocial, esta última que, tradicionalmente, se opera dentro de um espaço de livre desenvolvimento da liberdade individual e de menores restrições por parte do Estado quando comparada com outros institutos.

#### 4.1 Testamento vital: tecendo considerações gerais

Este tópico se debruçará diante de questões gerais afetas ao testamento vital, de modo a procurar estabelecer conceitos, distinções e perspectivas em torno da temática, tendo em vista que o testamento vital constitui o objeto de estudo da presente investigação e, portanto, em razão disso, a abordagem proposta neste tópico se mostra necessária, com o fim de propiciar uma maior familiarização com o assunto.

Inicialmente, é importante destacar que as diretivas antecipadas de vontade constituem um gênero, do qual o mandato duradouro e o testamento vital são espécies. Surge em um espaço no qual se busca, ao máximo, traduzir a vontade da pessoa submetida a determinado tratamento ou intervenção médica quando inserido em um contexto de terminalidade da vida, exteriorizando uma genuína expressão da vontade do paciente terminal (Salvador, 2017).

Cumprido destacar, nesse sentido, que o mandato duradouro consiste em uma declaração de vontade na qual um terceiro é nomeado para representar os interesses do paciente quando houver estado de terminalidade de vida e que ele não possa exercer o seu poder decisório, de modo que o outorgado deverá fazer cumprir o ato de disposição de vontade do outorgante e garantir-lhe, assim, o respeito à sua autodeterminação. É uma relação que se funda em uma verdadeira “*relação de confiança e amizade*”, segundo Salvador (2017).

O testamento vital, a seu turno, muito embora seja também um ato de disposição de última vontade, não se confunde com o mandato duradouro, razão pela qual se faz necessária a sua elucidação e, principalmente, considerando sua importância para o presente trabalho, constituindo o ponto central da investigação.

Polastrini (2021) aduz que, apesar da nomenclatura, o testamento vital não assume as mesmas feições do testamento de natureza patrimonial, normalmente estudado nas normas relativas ao direito sucessório da legislação civil. Isso porque, este último está a cargo da transferência patrimonial *post mortem* do testador, diferentemente do testamento vital, que possui um conteúdo essencialmente de natureza existencial e que visa, em linhas gerais, concretizar a autodeterminação da pessoa, como será confirmado logo adiante.

Além disso, a ele não se aplicam as mesmas disposições concernentes ao testamento patrimonial nos termos da legislação civil vigente, devendo sua aplicação se pautar em um espaço de autorrealização e dignidade do indivíduo, sendo, portanto, uma concepção para além das tradicionais normas relativas ao direito sucessório fundada apenas na autonomia privada.

Nesse sentido, destaca Dadalto (2013, p.63) que a utilização da expressão “*testamento vital*” parece soar inadequada quando confrontada diante da realidade da ordem jurídico-legal nacional. Segundo a autora, o testamento “*comum*” (aqui podendo ser entendido dentro da concepção de testamento trazida pelo Código Civil de 2002, cujo conteúdo está relacionado à transferência patrimonial) compreende um conceito que o traz como “[...] negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, gratuito, solene, revogável, com disposições patrimoniais e extrapatrimoniais e que produz efeitos *post mortem*”.

Para Dadalto (2013), muito embora o testamento vital conserve praticamente todas as características próprias do chamado testamento “*comum*”, quando é analisado parece não conservar os mesmos caracteres que este, pois a solenidade e a produção de efeitos *post mortem* não se conformam à ideia compreendida pelo testamento vital, motivo pelo qual não podem se confundir, bem como receber a mesma nomenclatura.

De outra parte, também pairam algumas dúvidas a respeito de sua tradução livre para a língua portuguesa e como tal fato se deu. Isso porque, o nome originalmente dado ao instituto fora “*living will*”, de modo que o dicionário Oxford<sup>2</sup> atribui ao termo três substantivos em uma livre tradução para a língua portuguesa, sendo eles: vontade, desejo e testamento, segundo Dadalto (2013), o que poderia ter conduzido a uma equívoca tradução para a língua vernácula e, assim, ter inserido o instituto aqui em comento dentro de uma perspectiva errônea e distante daquilo a que realmente se presta.

Portanto, em razão do exposto, não restaria correta a utilização da expressão “*testamento vital*”, pois esta não se coaduna à concepção e funcionalidade do instituto tradicional do testamento na ordem jurídica brasileira e, assim, acaba por assumir uma significação diversa do seu sentido morfológico. Em razão disso, parece ser mais adequado se utilizar dos termos “*disposição de vontade de vida*” e “*desejos de vida*” para se referir ao que é comumente é

denominado de testamento vital, pois estas expressões traduziriam melhor o instituto ora em questão diante da realidade nacional, consoante as lições de Dadalto (2013).

Em que pese a importância que a discussão em torno da nomenclatura assume, sobretudo na atualidade, em que o instituto ora mencionado vem sendo cada vez mais objeto de debates e discussões, convém mencionar que, no contexto do presente trabalho, será adotada a expressão “*testamento vital*”, em função de sua comum utilização no Brasil, bem como tendo em vista futuros trabalhos acadêmicos que possam vir a se utilizar desta investigação, se vislumbrando uma pesquisa que possui mais chances de ser lida, revisitada e reconsiderada a partir do termo escolhido.

Assim sendo, o testamento vital, então, trata-se de uma declaração prévia de vontade cujo objetivo é estabelecer disposições no que toca tratamentos e não tratamentos extraordinários aos quais a pessoa deseja se submeter caso seja diagnosticada com uma enfermidade fora das possibilidades terapêuticas eficazes. À vista disso, os tratamentos ditos extraordinários são considerados como sendo aqueles em que não se vislumbram benefícios ao paciente acometido pela doença, diferentemente dos tratamentos ordinários, que trazem uma perspectiva de eficácia em relação ao paciente em estado terminal, daí residindo a diferença entre ambos (Dadalto, 2013). Cumpre, nesse sentido, mencionar alguns dos tratamentos tidos como extraordinários (também denominados de fúteis), à guisa de exemplificação:

É consenso a necessidade de se aferir *in concreto* quando determinado tratamento torna-se fútil, a doutrina estudada aponta a internação em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI), a traqueostomia, a ventilação mecânica, a oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, antibióticos, diuréticas, derivados sanguíneos, etc, como tratamentos que, via de regra, são considerados fúteis em pacientes terminais (Dadalto, 2013, p.67).

A elucidação anteriormente feita se mostra de extrema relevância na discussão aqui proposta, uma vez que pode se pensar, pelo menos em um primeiro momento, e sobretudo por pessoas sem um conhecimento técnico a respeito do assunto, que o testamento vital é capaz de abranger todo e qualquer tipo de tratamento em relação ao paciente terminal, permitindo, com isso, se chegar ao espaço de abrangência compreendido pelo testamento vital e seu campo de incidência.

Além disso, ainda conforme Dadalto (2013), o testamento vital não pode ser confundido com outras situações relativas a eventuais declarações de vontade da pessoa acerca de assuntos que envolvem questão relativas ao *post mortem*. Segundo a autora, há notícias que apontam a existência de registros de testamentos vitais em cartórios de notas cujo conteúdo versa a respeito

de questões afetas a velório, cremação, nomeação de um procurador de saúde e doação de órgãos, por exemplo.

Muito embora se reconheça a importância que tais disposições possuem à luz da atual sistemática em que se projeta a realidade social, é importante que se deixe em relevo que não devem tais disposições serem tratadas sob a mesma perspectiva conferida à tutela do testamento vital. A justificativa para isso reside no fato de o testamento vital estar adstrito a situações que tenham como objeto a terminalidade da vida quando o paciente terminal é submetido a tratamentos extraordinários, como já visto. Portanto, não se vislumbra uma possibilidade de abrangência do testamento vital em relação à tutela de situações que visem a produção de efeitos *post mortem*, como é o caso da doação de órgãos.

Se assim o fosse, no sentido de se permitir a inserção de tais disposições no campo de incidência do testamento vital, se estaria diante de uma “*desnaturação*” do instituto, segundo as palavras de Dadalto (2013, p.67), o que acabaria por descaracterizar o testamento vital, que possui efeitos jurídicos *inter vivos* e tem como fundamento a expressão da autodeterminação da pessoa humana, que, livremente, deve escolher para si questões afetas à terminalidade da sua vida e ao seu bem-estar.

Outro ponto de destaque em relação ao campo de incidência do testamento vital diz respeito a situações em que envolvem paciente em estado vegetativo persistente. Diferentemente do que se viu até então, com a possibilidade de pacientes em optar pela submissão a tratamentos extraordinários (nesse caso, os pacientes terminais compreendem um conceito que pressupõe uma alta probabilidade de morte em uma curta duração de tempo, independentemente de quaisquer tratamentos), a situação dos pacientes em estado vegetativo compreende uma outra perspectiva.

Neste caso, pessoas em estado vegetativo são aquelas que estão inseridas em um contexto no qual as funções cardiovasculares, respiratórias, renais, dentre outras, são preservadas, apesar de não haver respostas do paciente neste estado a reações intencionais ou a estímulos do ambiente. Diferentemente do estado de terminalidade, no campo de abrangência abarcado pelo estado vegetativo não há uma clara diferença entre cuidados paliativos e tratamentos extraordinários (Dadalto, 2013).

Isso se deve, principalmente, ao fato de, em se tratando de pacientes em estado vegetativo, haver uma manutenção da vitalidades através de suportes como hidratação e nutrição, que acabam por constituir um “*significado simbólico*”, isto é, muito embora em determinados casos clínicos não se haja um sucesso quanto às técnicas de nutrição e hidratação para a preservação da vida, a família acaba por optar prioritariamente pela sua manutenção,

tendo em vista que trata-se de situação: “[...] que faz parte da filosofia dos cuidados paliativos, que, muitas vezes, diante da suspensão destes recursos vitais sofre por achar que seu ente querido morreu de fome e sede”, como mencionado por Dadalto (2013, p.68).

Portanto, não se há um entendimento linear, no mesmo sentido de que se há com pacientes em estado terminal, em relação à incidência do testamento vital a pacientes em estado vegetativo. Isso se deve, sobretudo, à forma como as duas situações são encaradas em concreto. De um lado, o paciente em estado terminal opta por não se submeter a determinado tratamento tido como ineficaz e com poucas probabilidades de manter a sua vida. De outra parte, nos casos que envolvem pacientes em estado vegetativo, se há a suspensão das técnicas de nutrição e hidratação, desvirtuando a ideia de cuidados paliativos e, por conseguinte, trazendo uma maior incidência da ética e da moral a estas questões, conduzindo a um juízo que leva a congregar uma alta carga sentimentalista e, até mesmo, metafísica, ao crer que tais pacientes morreram de fome ou de sede, mesmo que as técnicas artificiais de nutrição e hidratação não estejam obtendo êxito, em uma clara influência sobremaneira da religião na maioria das vezes.

Compreendidas algumas questões afetas à incidência do testamento vital, também é importante mencionar seu enquadramento no contexto da ordem jurídico-legal nacional. Alguns países como Portugal, Alemanha e França já possuem expressa previsão normativa a respeito das chamadas diretivas antecipadas de vontade, aí incluindo o testamento vital, que é espécie do gênero diretivas, como já mencionado. No entanto, apesar das crescentes e recentes discussões em torno do assunto, o Brasil ainda se mostra carente quanto à normatização de diretivas antecipadas de vontade, em especial o testamento vital.

Nesse sentido, cite-se que, quanto ao testamento vital, apenas normas oriundas do Conselho Federal de Medicina disciplinam a questão, inexistindo, portanto, qualquer norma jurídica em sentido estrito que regulamente a matéria. A Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina disciplina as diretivas antecipadas de vontade e trata a respeito das medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal.

A partir da leitura da norma anteriormente citada, é possível observar que, apesar da tímida normatização feita pela Resolução, realizada em três artigos (um deles, vale dizer, dedicado apenas a tratar da vigência da norma), ainda assim extrai-se um conteúdo que possibilita compreender as feições do testamento vital. Nesse contexto, mencione-se o art. 1º cuja redação é a seguinte:

Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (Brasil, 2012, n.p.).

Do que se extrai da redação do dispositivo, é possível observar que, além de o testamento vital ser destinado à produção de efeitos quando do estado de incapacidade decisória por parte da pessoa que instituiu o testamento, resta evidente a necessidade de se estabelecer uma vontade livre e autônoma. Tal fato implica dizer que a vontade emanada pelo testador não pode estar carregada de máculas que a tornem defeituosa, passível de anulação ou nulidade.

Esta leitura, no sentido de se estabelecer um termo de consentimento livre e esclarecido, parece corroborar a conformação do testamento vital enquanto negócio jurídico. Muito embora inexista norma jurídica em sentido estrito que o regulamente, partindo-se da visão adotada neste trabalho, no sentido de uma reestruturação do Direito Civil a partir de sua concepção no contexto das transformações ocorridas na atualidade, é possível observar que, inobstante a existência de direito subjetivo, se trata, claramente, de uma situação jurídica subjetiva, que se assenta em um centro de interesses com valoração pelo Direito, como destacado no capítulo 3 deste trabalho.

E, uma vez se tratando de situação jurídica subjetiva, não há razão para não considerar o testamento vital como um negócio jurídico de caráter existencial, que, além de se expressar enquanto um centro de interesse a ser valorado pelo Direito, em uma tendência cada vez maior, inclusive, o seu objeto persegue uma situação essencialmente existencial, pois visa garantir a concretização da dignidade da pessoa em estado terminal cujo desejo é optar pela terminalidade da vida sem eventuais prolongamentos desproporcionais e que traga pouca ou nenhuma possibilidade de eficácia ao restabelecimento do quadro clínico do paciente.

Ainda no que toca o termo de consentimento livre e esclarecido, Cintra e Melo (2021) aduzem que tal necessidade trazida pela norma em questão se coaduna às exigências que constituem os direitos da personalidade. Isso porque, da leitura da redação do art. 15 do Código Civil de 2002, que, muito embora se refira ao fato de ninguém poder ser constrangido a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica com risco de vida, se extrai uma dimensão funcional do dispositivo em questão, no sentido de se proteger a dignidade da pessoa e resguardar-lhe contra eventuais tratamentos que possam pô-la em risco, mesmo que não haja eficácia ou a coloque em risco de vida, facultando-lhe, nesse sentido, a recusa.

Além disso, a exigência de um termo de consentimento livre e esclarecido demonstra a importância de se pautar a conduta médica a partir de um viés voltado à segurança, evitando



que eventuais erros venham a acontecer e que se assegure, com efeito, a autodeterminação do paciente em estado terminal. Portanto, o consentimento nos termos aqui apresentados funciona como mecanismo legitimador da conduta do médico, no sentido de se respeitar a decisão do paciente e possibilitar sua escolha livre e autônoma, sem interferência de terceiros, inclusive de instituições intermediadoras do processo, como é o caso do hospital, por exemplo (Cintra; Melo, 2021).

O art. 2º da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina prossegue com as disposições em relação às diretivas antecipadas, *in verbis*:

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

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

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

**§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.**

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

[...]

(Brasil, 2012, n.p.) (grifo do autor).

Diante disso, resta claro que se caminha no sentido de priorização ao respeito à autodeterminação do paciente no contexto das diretivas antecipadas de vontade. A hipótese contida no §3º do art. 2º da norma demonstra uma preocupação em se primar pela autodeterminação do paciente, eliminando eventuais posturas paternalistas que possam sobrepor a vontade dos familiares em relação à pessoa em estado terminal cujo desejo se volta à concretização de diretiva de vontade por ela estabelecida anteriormente a respeito.

Para, além disso, a possibilidade de conformação do testamento vital ao ditames do ordenamento jurídico reside a partir de uma leitura considerada a partir da dimensão axiológica do sistema, uma das posturas adotadas ao longo de todo este trabalho, no sentido de se estabelecer uma linha de pensamento que compreenda uma atividade hermenêutica que integre uma leitura totalizante da ordem jurídica e a partir da congregação dos valores por ela perseguidos, de modo que situações que tragam alguma relevância para o Direito sejam consideradas, mesmo que não expressamente normatizadas.

Dessa forma, a adoção da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa, além da liberdade e da proibição ao tratamento desumano como princípios, inclusive contidos no extenso rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988,

demonstram que não há razão para se falar em uma proibição ao instituto do testamento vital, o qual vem à lume em uma clara compatibilização com os pressupostos nos quais se assentam a realidade jurídico-legal, demonstrando a dimensão protetiva de proteção à pessoa conferida pelo sistema (Dadalto, 2013).

Por todo o exposto, reconhece-se que o testamento vital ainda constitui um objeto de tímida discussão e, em especial, normatização no território nacional. Seu campo de incidência ainda compreende um espaço carregado de inúmeras distorções e que, em razão disso, carece de melhor elucidação, principalmente por se tratar de uma situação cuja influência de pautas éticas e, sobretudo, morais, incidem de forma monumental na discussão.

Quanto à sua normatização, percebe-se uma atuação sutil e ainda incipiente, que se limita à abrangência de normas emanadas apenas pelo Conselho Federal de Medicina, não possuindo normas jurídicas em sentido estrito para disciplinar a questão, como já dito. Por conseguinte, as normas provenientes da Resolução não possuem força vinculativa e, diante de um caso concreto, não restringem o julgador à sua observância.

Apesar disso, é de se reconhecer que mesmo dentro de um espaço de atuação tímido e principiante, as normas provenientes do Conselho Federal de Medicina exprimem uma verdadeira preocupação no sentido de se respeitar a autodeterminação do paciente em estado terminal, pugnando pelo respeito e prevalência da sua declaração prévia de vontade e caminhando no sentido de se romper com uma atuação cujo caráter é essencialmente paternalista.

Vale dizer, ainda, que o objetivo deste capítulo, em especial, não fora o de esgotar todas as situações pertinentes ao testamento vital. Pelo contrário. A partir de uma discussão que congrega conceitos, aspectos distintivos e algumas perspectivas atuais em torno da matéria, objetivou-se trazer uma familiarização com a temática proposta e elucidar conceitos necessários às discussões que se seguem nos próximos tópicos.

#### 4.2 O testamento vital como expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial

Os direitos de personalidade passaram a assumir um papel de notável importância após a inauguração das mudanças ocorridas, em especial, após o advento da Constituição Federal de 1988. No entanto, foi somente com a edição do Código Civil de 2002 que se houve, pela primeira vez, uma sistematização dos direitos de personalidade, que foram reunidos em um único capítulo destinado à tutela jurídica da questão, demonstrando, com isso, a dimensão que

o *status* protetivo conferido à proteção da personalidade da pessoa passa a assumir a partir de então.

Apesar de se reconhecer os avanços trazidos pelas normas legais no que diz respeito à proteção conferida à pessoa, é importante destacar que inúmeras discussões e controvérsias ainda são suscitadas no cerne da questão. E uma das principais destas discussões diz respeito às teorias que buscam fundamentar a existência dos direitos de personalidade, que subdividem-se em monista e pluralista, as quais passarão, logo a seguir, a serem expostas.

Para tanto, serão utilizados os conceitos e distinções propostos por Tepedino (1999), que muito embora tenha feito uma análise relativa aos direitos de personalidade anterior ao Código Civil de 2002, isto é, antecedente à sua própria positivação, sua clássica obra ainda conserva um caráter atual e que gravita em torno das discussões postas na contemporaneidade, tendo em vista que a proteção conferida à pessoa assume novas dimensões e perspectivas, passando a exigir do operador do Direito, por conseguinte, respostas condizentes a esta realidade, além de ser considerada um dos grandes marcos em torno da discussão proposta.

Cumprido dizer, nesse sentido, que a teoria monista sustenta a ideia de que o direito de personalidade é uno e, portanto, capaz de abranger toda e qualquer situação que se preste à tutela da personalidade humana, defendendo, ainda, que não se há como tipificar todos os direitos relativos à personalidade, uma vez que o caminhar evolutivo da sociedade passa a exigir novas esferas de proteção que, muitas das vezes, não correspondem às aquelas tipificadas nos termos da legislação, tampouco podem ser previstas pelo legislador (Tepedino, 1999).

Por outro lado, a teoria pluralista corresponde a uma concepção que insere os direitos de personalidade dentro de uma múltipla dimensão, admitindo-os enquanto produto de diversas manifestações de vontade que expressam a proteção conferida à personalidade pela ordem jurídica. É o que se pode verificar, por exemplo, na técnica legislativa adotada na redação do Código Civil de 2002, que optou por tipificar os direitos de personalidade e enunciar a órbita de proteção de cada um deles, ao invés de trazer uma fórmula aberta diante da atividade hermenêutica (Tepedino, 1999).

Argumentam, ainda, os defensores da teoria pluralista, em uma clara oposição às ideias monistas, que os direitos de personalidade até então tipificados pela ordem jurídico-civil é capaz de compreender as situações que surgem meio a sociedade globalizada, de modo que devem as situações se subsumirem às categorias então existentes. Além disso, segundo Tepedino (1999), sustentam os defensores da teoria pluralista que a compreensão de um direito geral de personalidade, com caráter uno, não parece prosperar de um ponto de vista lógico-formal, pois o patrimônio, da mesma forma que a personalidade, apesar de constituir um todo unitário, se

exterioriza através da tutela de suas múltiplas dimensões, como o contrato e a propriedade, razão pela qual não haveria que se falar na ideia de um direito geral de personalidade.

Embora possa se reconhecer os pontos de análise de ambas as teorias, é possível perceber que, no que toca à postura teórico-metodológica deste trabalho, no sentido de se reconhecer as transformações do Direito Civil na contemporaneidade e sua atuação voltada não mais apenas à prioritária proteção do patrimônio, mas a partir da inserção da pessoa também como seu objeto de atuação, em uma clara conformidade à dimensão axiológica do sistema, é importante deixar em relevo que a teoria pluralista não atende aos mandamentos da ordem jurídico-constitucional na direção de se garantir uma prioritária proteção à pessoa.

Isso porque, se limitar à tipificação dos direitos de personalidade é restringir a dimensão da personalidade humana a determinadas situações e a conformá-la aos preceitos do direito subjetivo, que, como já visto, se mostra a cargo de uma teoria essencialmente patrimonial do Direito Civil. Não se pode considerar a mesma tutela conferida ao patrimônio como aquela concernente a aspectos da existencialidade humana. Pelo contrário. Se assim o fosse, se estaria diante de uma situação em que não se haveria preocupações e intensos debates na atualidade no sentido de se proporcionar uma maior concretização à tutela da personalidade humana.

Na discussão que se segue, destaque-se que o testamento vital enquanto meio de concretização e realização da personalidade humana pode ser lido sob as duas perspectivas que buscam explicar a teoria dos direitos de personalidade, monista e dualista, anteriormente já citadas. Em razão disso, passar-se-á, agora, a uma análise sob o ponto de vista de ambas as teorias no que diz respeito o objeto de estudo aqui em questão.

No caso da teoria pluralista, Cintra e Melo (2015) explicam que o testamento vital se conforma às disposições contidas na legislação civil afeta aos direitos de personalidade. Segundo os autores, o testamento vital estaria assentado em uma perspectiva que parte de uma leitura, especialmente, do direito à integridade física e à autonomia do paciente.

No caso do direito à integridade física, sustenta-se a ideia de que o respeito ao corpo se dá não somente sob a perspectiva de tutela aos aspectos biológicos do corpo humano, mas a partir de uma compreensão que também considera questões éticas e valorativas como sendo de fundamental importância para se tutelar a integridade da pessoa (Cintra; Melo, 2015). Nesse sentido, a dimensão física da personalidade vem dentro do rol dos artigos 13 a 15 do Código Civil de 2002, de modo que os dispositivos tratam acerca de questões afetas ao corpo vivo, ao corpo morto e ao consentimento informado do paciente submetido a procedimentos e intervenções médicas, respectivamente.

Estes direitos estariam inseridos a partir de uma dimensão ainda maior, que seria, consoante Cintra e Melo (2015), a dignidade da pessoa humana, que se como constitui fundamento da República e passa a irradiar sua normatividade para toda a ordem jurídica a partir da prioritária proteção conferida ao ser humano.

Ainda conforme os autores, a integridade física e a autonomia do paciente, no caso do testamento vital, se relacionam de modo específico diante da necessidade de se garantir dignidade à pessoa independentemente da situação, o que não poderia ocorrer de modo distinto nos casos envolvendo a terminalidade da vida, em que a escolha pelo não prolongamento da vitalidade em face de um tratamento ineficaz constitui um verdadeiro corolário da dignidade da pessoa humana, no sentido de se ter uma morte digna a partir da livre escolha do paciente em estado terminal.

Muito embora Cintra e Melo (2015) defendam uma clara posição de conformação ao testamento vital sob uma ótica que parte das ideias fundadas na teoria pluralista, é de se mencionar que alguns aspectos nesse sentido devem ser levados em consideração e serem minuciosamente ponderados diante da discussão que aqui é proposta.

Isso porque, muito embora o art. 13 garanta à proteção quanto ao corpo vivo, o art. 14 garanta a tutela em relação ao corpo morto e o art. 15 traga uma perspectiva relacionada ao consentimento informado, é possível observar que, em razão da redação deveras confusa em parte destes artigos, acaba-se por colocar em perigo a questão relativa ao testamento vital, principalmente levando em consideração a influência de aspectos religiosos na concepção do corpo humano, que o vê numa perspectiva sacra e a cargo da vontade divina.

Os próprios autores, Cintra e Melo (2015), aduzem que o legislador civil optou por uma redação complicada em relação à tutela dos direitos de personalidade, o que pode acabar por gerar certa dubiedade diante do caso concreto, pondo o testamento vital dentro de uma perspectiva que o retira do campo de atuação dos direitos de personalidade.

Portanto, em razão disso, embora se reconheça a finalidade dos autores em perseguirem uma investigação cujo objetivo seja conformar o testamento vital aos direitos de personalidade, resta evidente que a perspectiva pluralista impressa ao rol de direitos tipificados no Código Civil de 2002 não permite que se haja uma interpretação voltada a considerar o testamento vital enquanto expressão dos direitos de personalidade. Pelo contrário.

Quando se observa, em especial, os fundamentos nos quais se assentam o testamento vital, consoante Menezes (2015) e Cintra e Melo (2015), é possível perceber que a autonomia do paciente enquanto mola propulsora parece não encontrar guarida tão só nas disposições relativas à personalidade humana trazidas pelo Código Civil de 2002. Diante de tal fato, torna-

se imperiosa uma postura que possibilite tutelar a personalidade a partir de uma dimensão mais ampla e não somente a partir de um rol taxativo de direitos, que acaba por limitar a amplitude da dimensão da personalidade humana.

É com base nisso que Menezes (2015) propõe que a vontade do paciente terminal seja tutelada a partir do que denomina de “*livre desenvolvimento da personalidade humana*”. Segundo a autora, diversos ordenamentos possuem uma norma específica destinada a positivizar o livre desenvolvimento da personalidade humana, como ocorre, por exemplo, em Portugal. Tal fato, contudo, não ocorre no Brasil, que, muito embora possua diversas normas que se correlacionem à questão, não dispõe de uma previsão normativa expressa para disciplinar o que se denomina por direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Apesar disso, é possível observar que o ordenamento jurídico congrega uma série de normas que, quando conjugadas, permitem chegar a uma concepção em que se observa a tendente preocupação em se primar pelo livre desenvolvimento da personalidade. Para Menezes (2015), a escolha do legislador em eleger a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República e a escolha da liberdade como um direito garantido à pessoa, acaba por conduzir rumo a um caminhar em direção à construção de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

E, assim, ao se observar o fundamento da vontade do paciente terminal, que se fundamenta no respeito à sua vontade manifestada expressamente e conscientemente, não pairam dúvidas a respeito da conformação do testamento vital enquanto um meio de se concretizar o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Trata-se a personalidade de uma esfera tão íntima da pessoa que, ao Estado, cabe apenas a tarefa de reconhecê-la formalmente e garantir-lhe um espaço protetivo do ponto de vista jurídico contra eventuais arbitrariedades, pois a sua dimensão somente poderá ser valorada pela pessoa diante da situação em concreto, a partir de suas necessidades individuais, bem como de suas respectivas individualidades, podendo o seu desenvolvimento, segundo Menezes (2015, p.48): “[...] variar de pessoa para pessoa”.

Portanto, impor uma leitura no sentido da teoria monista dos direitos de personalidade, que, na verdade, considera a personalidade una e, por conseguinte, havendo um direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana dentro de um espaço abrangente e sem limitação a eventuais tipificações, se mostra em conformidade à ideia de testamento vital enquanto expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, tendo em vista que o instituto ora em questão se funda a partir da autodeterminação do paciente, que parece não encontrar

correspondência no rol tipificado de direitos de personalidade trazido pelo Código Civil de 2002.

Dessa forma, uma vez restando demonstrado ser o testamento vital um negócio jurídico de caráter existencial, haja vista se fundar em uma situação jurídica subjetiva cujo objeto é a proteção primordial de um aspecto relativo à existencialidade humana, resta evidente que sua expressão enquanto manifestação do livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial é visível.

Sua conformação ao dito direito geral de personalidade, bem como a partir de uma dimensão mais ampla, aos direitos então tipificados (nesse caso, a integridade físico-psíquica), permite se conduzir a um raciocínio que demonstra que o testamento vital está relacionado diretamente com a personalidade humana, sobretudo por se tratar de uma questão totalmente íntima e relacionada de acordo com as vontades e necessidades de cada pessoa, a partir do projeto que elege para seguir durante toda a sua vida, não havendo que se falar em ingerências estatais no sentido de suprimir suas vontades, mas tão somente de possibilitar que isso aconteça de acordo com suas especificidades.

#### 4.3 Personalidade e autodeterminação: é possível se falar em uma limitação voluntária aos direitos de personalidade no caso do testamento vital?

Já fora demonstrado até aqui que o testamento vital como objeto de negócio jurídico e, por conseguinte, como expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, vem à lume na perspectiva de uma visão funcionalizada do negócio jurídico, visto não mais a partir de sua teoria geral assentada no direito subjetivo, mas sim dentro de um contexto que o insere enquanto situação jurídica subjetiva, em um verdadeiro centro de interesses, que traz para o Direito a necessidade de valorar o instituto e, com isso, propor soluções condizentes.

Trata-se, em verdade, de uma discussão que suscita intensos debates entre a doutrina civilista clássica, mais arraigada a ideias predominantemente patrimoniais, em face de uma doutrina contemporânea, que parte do pressuposto de que o Direito Civil não pode mais ser tão só um fim fundado em si mesmo, mas como vetor capaz de captar a dimensão global do ordenamento, conferindo prioritária proteção à pessoa e funcionando como mecanismo de autorrealização do ser humano individualmente considerado.

Nesse sentido, Branco (2011) propõe que os aqui denominados negócios jurídicos existenciais sejam qualificados juridicamente não na categoria de negócio jurídico, tampouco como ato jurídico em sentido estrito, mas a partir de uma categoria especial, por ele denominada

de atos de autodeterminação. Isso porque, segundo o autor, não existiria uma categoria de negócios jurídicos de caráter existencial, mas tão somente de natureza patrimonial, pois a estes negócios com um conteúdo existencial faltaria o elemento funcional, ou seja, não se prestariam à circulação de riquezas comumente atribuída ao perfil do negócio jurídico.

A partir destas premissas, é possível observar que a leitura do negócio jurídico sob a ótica de Branco (2011) se assenta em uma ideia essencialmente patrimonial do Direito Civil. Ainda conforme as ideias do autor, também não haveria que se falar na qualificação dos aqui denominados “*negócios jurídicos existenciais*” como atos jurídicos em sentido estrito, pois no caso destes últimos os efeitos decorrem da lei, ao passo que os atos de autodeterminação, apesar de não constituírem negócios jurídicos propriamente ditos, teriam os seus efeitos decorrentes do poder de autodeterminação da parte constituinte do ato, razão pela qual se justifica sua qualificação em uma categorial especial, até então não disciplinada expressamente pela legislação.

Em que pesem as considerações tecidas pelo autor, é de inteira relevância mencionar que seu raciocínio parece não se sustentar, pelo menos à luz da postura adotada neste trabalho, que busca na formação na “*mixagem de tradições*” da cultura jurídico-brasileira e os impactos daí decorrentes nas transformações impressas ao Direito Civil na contemporaneidade, o seu ponto de partida para se investigar o objeto de estudo e suas respectivas repercussões. O trecho abaixo demonstra uma das passagens da obra de Branco (2011), em que este defende postura contrária aos negócios jurídicos existenciais. Senão vejamos:

Por consequência, as declarações feitas como ato de autorização para pesquisas médicas, testamento genético, etc., somente servem como meios de prova de que a vontade de uma determinada pessoa está conforme em determinada data, que foram prestadas as informações devidas e que o ato praticado foi livre, pois compreendidos tais atos de maneira distinta, a possibilidade de disposição por meio de atos normativos implicaria a supressão de um direito fundamental em seu “âmbito de proteção definitiva”.

Eventuais obrigações ou preceitos criados por tais atos não formam *atos jurídicos perfeitos* e, por isso, ainda que se queira chamar tais atos de negócios jurídicos, ou atos jurídicos, tais atos de pura autodeterminação não retiram da pessoa o direito de arrependê-se, de manifestar vontade em sentido divergente e de continuar com sua plena capacidade de se autodeterminar nessa esfera de sua vida privada. Também não significa que não se possa provar por outros meios que a vontade da pessoa mudou em momento posterior, ainda que o testamento genético, por exemplo, ou declaração de vontade a respeito de doação de órgãos não tenha sido revogada expressamente. (Branco, 2011, p.254).

Diante disso, é possível perceber que a condução lógica do pensamento de Branco (2011) não se sustenta, sobretudo, como já dito, quando observada a partir das transformações nas quais se assentam o Direito Civil na atualidade, que se reafirma enquanto produto de uma



concepção historicamente construída e que, na contemporaneidade, coloca também a pessoa humana em sua órbita de atuação, exigindo, conseqüentemente, a adequação da postura interpretativa do hermenêuta em razão disso.

Quando Branco (2011) afirma que os ditos “*atos de autodeterminação*”, os quais congregam os direitos de personalidade, conservam todas as características do negócio jurídico mas não podem neste conceito se enquadrar em razão do seu perfil funcional, se está diante de uma visão meramente tecnicista, rígida e formal do negócio jurídico. Condicionar a funcionalidade do instituto, nesta situação, à sua concepção clássica e ignorar todas as demandas humanas que surgem com o objeto por ele negado, é relegar a discussão em torno da existencialidade humana a um segundo plano e desvirtuar o caráter histórico-evolutivo do Direito, que deve se amoldar às novas projeções da realidade social e não o contrário.

Percebe-se, diante disso, que o negócio jurídico se presta muito mais à ideia de satisfação de interesses da vontade humana, em uma ideia de poder de autorregulamentação, do que tão somente à circulação e produção de riquezas. Claro, não se pode olvidar que esta última função também faz parte da órbita de atuação do negócio jurídico. Mas não é somente ela. Pelo contrário. A determinação da produção de efeitos pelas partes em situações cujo objeto é a existencialidade humana corrobora o fato de o negócio jurídico se prestar muito mais à autorregulamentação de interesses do que apenas a uma prioritária proteção do patrimônio. Vamos para um exemplo logo a seguir.

O testamento vital, negócio jurídico unilateral, se presta à produção de efeitos decorrentes de um ato de vontade do paciente em estado terminal, o qual estabelece sua anuência no que concerne intervenções e tratamentos médicos a que será submetido caso estes não sejam tidos como eficazes, em questões afetas à sua terminalidade da vida, a fim de não prolongar seu sofrimento diante de um quadro irreversível e de tratamentos que não possam vir a trazer uma perspectiva de eficácia.

A especificidade com que o testamento vital será elaborado, nesta situação, de acordo com as necessidades individuais de cada pessoa, bem como os efeitos decorrentes daí, não podem ser enquadrados como meros atos de autodeterminação. Trata-se de uma manifestação de vontade cujo efeito é constituir o direito a não se submeter a tratamentos e intervenções não-eficazes em uma situação de terminalidade da vida. Muito embora o outro polo da relação jurídica seja talvez indeterminado no momento da declaração de vontade, posteriormente o médico responsável pelos seus cuidados passará a constituir este outro polo da relação jurídica, vinculando-se ao negócio jurídico existencial proveniente do ato de vontade de seu paciente.

Afirma, ainda, Branco (2011), que outra justificativa contundente em relação à limitação negocial dos direitos de personalidade encontraria respaldo no art. 11 do Código Civil de 2002, o qual passaremos, agora, a uma análise. Vejamos, *in verbis*: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (Brasil, 2002, n.p.).

Em uma primeira análise, detida tão somente ao apego à literalidade da norma, pode se conduzir a um juízo de valor que permite inferir que os direitos de personalidade são absolutamente incompatíveis com limitações voluntárias de qualquer natureza. Contudo, diante da realidade fática, seja a partir de uma dimensão global do sistema, seja a partir do exame da jurisprudência, bem como da própria doutrina, o apego tão só à norma jurídica posta não prevalece nesta situação, como se verá *a posteriori*.

A limitação voluntária dos direitos de personalidade encontra respaldo, como já visto, na norma oriunda do art. 11 do Código Civil de 2002. Nesse sentido, segundo Godinho (2016), a legislação brasileira optou por adotar uma postura paternalista, ao incluir uma regra essencialmente restritiva no que toca à limitação voluntária dos direitos de personalidade. Dessa forma, a regra geral é de que os direitos de personalidade não sofram limitações voluntárias nem mesmo a critério de seus titulares, constituindo a possibilidade de limitação uma exceção, a qual deverá ser seguida em conformidade a casos expressamente previstos pelo legislador.

Esta postura adotada nos termos da codificação então vigente evidencia ainda mais o caráter paternalista do legislador brasileiro quando confrontada com a legislação estrangeira. É o caso, por exemplo, do direito argentino, que em seu “*Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*” assim dispõe:

ARTICULO 55.- Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable (Argentina, 2014).

Interessante também, nesse sentido, transcrever as disposições contidas na legislação portuguesa a respeito da limitação voluntária dos direitos de personalidade, *in verbis*:

Artigo 81.º

(Limitação voluntária dos direitos de personalidade)

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.
2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. (Portugal, 1966).

A postura de ambos os Códigos em adotar como regra a possibilidade de limitação voluntária dos direitos de personalidade pelo seu titular, dentro de uma perspectiva geral permissiva, possibilita que se haja um pleno desenvolvimento da personalidade humana, pois em nada serve a proteção à personalidade se esta esbarra diante de uma regra geral proibitiva, que acaba por reduzir a pessoa a “*escravo*” de seus próprios direitos, como afirmam Godinho (2016) e Wesendonck e Branco (2016), os quais trazem uma perspectiva comparada entre as disposições concernentes às limitações dos direitos de personalidade, respectivamente, nos sistemas argentino e português em relação ao direito brasileiro.

As limitações de ambos os ordenamentos, como se pode observar a partir da leitura da redação dos dispositivos anteriormente transcritos, esbarra tão somente diante de proibições que encontram óbices em relação a matérias de ordem pública, como a moral e os bons costumes. Trata-se de uma verdadeira norma que se coaduna ao livre desenvolvimento da personalidade humana, pois não se pode estabelecer uma limitação geral e proibitiva aos direitos de personalidade que limitam os próprios titulares de exercerem tais direitos, como acontece no Brasil, reduzindo a personalidade humana a um mero espaço restritivo (Godinho, 2016) (Wesendonck; Branco, 2016).

Em que pese a limitação expressa pela norma juridicamente posta, quando se observa a realidade da cultura jurídica brasileira, é possível observar que o apego à literalidade da norma parece não prevalecer, pelo menos no que diz respeito à limitação voluntária dos direitos de personalidade. Araújo (2017) explicita uma série de situações nas quais as limitações dos direitos de personalidade são relativizadas, demonstrando que, a partir da formação histórico-jurídica brasileira, a sociedade reclama por uma proteção relativa aos direitos de personalidade no sentido de estabelecer limites a atos que contrariem questões de ordem pública, como a moral e os bons costumes.

Não se trata, portanto, diante disso, de restringir totalmente os direitos de personalidade e estabelecer uma norma de natureza proibitiva como regra geral, mas sim de oferecer um espaço fértil para o livre desenvolvimento da personalidade humana, em respeito e atenção a restrições que os limitam e encontram respaldo em um interesse maior em relação a questões de ordem pública. Passa-se, então, com isso, a compreender os direitos de personalidade a partir de uma relativa disponibilidade.

No caso específico do testamento vital, em que o direito de personalidade concernente à integridade física é colocado em xeque, pode se observar uma situação que, em um primeiro momento, poderia esbarrar na proibição trazida pela norma legal a respeito da impossibilidade

de o titular dispor acerca de direitos relativos à personalidade humana, constante do art. 11 do Código Civil de 2002, conforme já mencionado anteriormente.

No entanto, considerando que a relativa disponibilidade dos direitos de personalidade a partir da tradição jurídico-brasileira já se mostra uma realidade, inclusive tendente em relação à regra geral proibitiva, é possível perceber que o direito à autodeterminação do paciente deve ser levado em consideração no que toca os atos de disposição do próprio corpo.

Segundo Godinho (2016), este respeito à autodeterminação do paciente vem a partir de uma leitura ampliada e funcionalizada do art. 13 do Código Civil de 2002, no sentido de se primar pelo respeito à vontade da pessoa quando submetida a tratamento ou intervenções médicas que tragam diminuição à integridade física ou contrarie os bons costumes. Nesse sentido, é importante levar em consideração o aspecto da integridade física não somente vista em um diálogo com o corpo biológico, mas a partir de uma interseção que também congregue aspectos de ordem moral e psíquica, que são capazes de conduzir a uma leitura totalizante do ser humano de forma individualmente considerada e a partir de suas necessidades específicas.

Dessa forma, assumir uma postura generalista que limite os direitos de personalidade, parece não se coadunar às regras do ordenamento jurídico como um todo. Se a ideia é proteger a personalidade humana, parece razoável se falar em postura que permita ao seu titular livremente dispor dos direitos inerentes a esta esfera tão íntima e particular a partir do projeto de vida cada um, desde que em observância a preceitos que tenham por objeto proteger bens de interesse coletivo.

Nesse sentido, como posto por Wesendonck e Branco (2016) as cláusulas gerais passam a assumir um papel de inteira relevância nas situações envolvendo limitações aos direitos de personalidade. Isso porque, permitem que a partir de um comando legal, que, neste caso, se traduz na prioritária proteção conferida à pessoa pelo ordenamento, se haja uma interpretação aberta diante do caso concreto, não se restringindo tão somente a uma “totalidade normativa” como ocorria sob a égide do Código Civil de 1916, isto é, não obedecendo a uma estrutura fundada em um sistema fechado e autossuficiente, capaz de regular apenas as situações específicas previstas no corpo da norma jurídica.

Portanto, torna-se perfeitamente possível a limitação voluntária dos direitos de personalidade, desde que haja uma estrita observância à moral e aos bons costumes, visando lhes contrariar. Tem-se como exemplo destas limitações um negócio jurídico cujo objeto seja a cessão onerosa de alguma parte do corpo humano. Se está, em tal situação, diante de ofensa aos interesses coletivos, que não permite conduzir a um juízo de valor capaz de permitir a

disposição onerosa de partes do próprio corpo humano, mesmo diante do consentimento do titular.

Esta justificativa vem, ainda, à lume diante da dimensão protetiva conferida pelo sistema à personalidade humana, não permitindo que nem mesmo o próprio titular disponha a respeito de direitos tidos como personalíssimos em razão da moral e dos bons costumes, passando a constituir, nesse sentido, uma verdadeira linha tênue entre a permissão e a proibição às limitações voluntárias dos direitos de personalidade, tarefa que cabe ao intérprete ponderar diante da situação fática.

Em se tratando do testamento vital, objeto de investigação do presente estudo, Godinho (2016) admite que se haja uma limitação aos direitos de personalidade, desde que, neste caso, haja um termo de consentimento livre e esclarecido, capaz de demonstrar ao paciente as consequências de sua escolha e permitir que a pessoa esteja a par de todos os impactos oriundos de sua livre decisão.

Por todo o exposto, resta evidente que as limitações à autodeterminação compreendidas no âmbito do testamento vital esbarram diante de normas que são contrárias à ordem pública e aos bons costumes. Dessa forma, o próprio ato de realizar o testamento vital já é, por si só, considerado como um ato de limitação voluntária dos direitos relativos à personalidade humana, contudo são entendidos a partir de um contexto que o insere em uma perspectiva de autorrealização e de livre desenvolvimento da própria personalidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, procurou-se investigar a possibilidade de os negócios jurídicos funcionarem como meio de livre desenvolvimento da personalidade humana, utilizando-se, para tanto, da situação específica do testamento vital, a fim de se chegar à objeção inicialmente apresentada. A ideia da investigação partiu do pressuposto de o negócio jurídico tradicionalmente ser visto e interpretado enquanto expressão de autorregulamentação de interesses patrimoniais.

Diante disso, a emergência de novas situações jurídicas, quando confrontadas com estruturas que se assemelham aos negócios jurídicos, mas que possuem um conteúdo predominantemente existencial, fazem surgir a indagação de uma possível ampliação do objeto e atuação dos negócios jurídicos a fim de compreender, também, interesses relativos à personalidade humana e não somente caracteres de ordem patrimonial.

Nesse sentido, adotou-se, como argumento inicial, pela possibilidade de os negócios jurídicos funcionarem como espaço de autorrealização da pessoa humana, em razão das crescentes transformações ocorridas no seio da sociedade contemporânea, que trazem a pessoa para o centro das discussões e a coloca enquanto ponto central de toda a atividade hermenêutica, uma vez que a norma jurídica acaba por encontrar o seu fim no próprio ser humano.

Para isso, elegeu o que inicialmente se denominou de “*novos paradigmas do Direito Civil na atualidade*”, que corresponde à ideia das transformações ocorridas no contexto do Direito Civil, em razão dos paradigmas enfrentados pela sociedade na contemporaneidade, fruto das mudanças provenientes de questões afetas à globalização, à revolução biotecnológica, às Grandes Guerras e à influência cada vez maior da tecnologia na vida das pessoas. Para se compreender o denominado “*paradigma*” utilizou-se do conceito proposto por Thomas Kuhn em sua obra “*A Estrutura das Revoluções Científicas*”, por ser um conceito amplamente empregado nos mais diversos campos do saber científico, motivando a investigação acerca de sua possibilidade de aplicação no campo das ciências humanas e sociais, em especial a jurídica.

Dito isto, é importante destacar, ainda, que a pesquisa se subdividiu em três tópicos, destinados a responder à questão-problema e a concretizar os objetivos propostos. O primeiro tópico trouxe discussão acerca do que inicialmente se denominou de “*novos paradigmas do Direito Civil na atualidade*”, procurando investigar, de forma crucial, quais os paradigmas que orientam a atividade interpretativa do Direito Civil no mundo contemporâneo.

Restou evidente, nesse sentido, que a utilização do termo “*paradigma*” na ciência do Direito parece não se amoldar às especificidades deste campo do conhecimento nos termos que

aqui foram propostos. Isso porque, uma vez a análise tendo partido da definição de Thomas Kuhn, foi possível observar que a existência de um único paradigma no Direito acaba por colocar em xeque o seu estatuto epistemológico, o qual pressupõe não apenas um paradigma universal como definidor de todas as condutas a serem seguidas no universo jurídico, mas a existência de multiparadigmas, que reafirmam a posição do Direito como produto de concepções construídas econômica, política e historicamente.

Portanto, em razão disso, ao invés de se utilizar do vocábulo “*paradigma*” para se referir às mudanças ocorridas, optou-se pelo termo “*transformações*”, pois este parece ser mais adequado ao objeto de estudo da ciência jurídica, que sofre profundas influências de ordem moral, política, econômica e, por vezes, até mesmo religiosa. No entanto, é importante que se deixe em destaque que a ideia aqui não se é obstar a utilização do termo “*paradigma*” em outros contextos, sentidos e marcos teóricos dentro do Direito. Pelo contrário. O que ocorre é que diante do marco aqui elegido para se analisar a expressão, esta não se mostrou adequada ao objeto do Direito, razão pela qual preteriu-se seu uso por outro vocábulo, já mencionado anteriormente.

No caso específico do Brasil, pôde-se verificar que a cultura jurídica do país se desenvolveu em meio a uma verdadeira “*mixagem de tradições*”, tendo em vista que, muito embora tenha se tentado adotar por diversas vezes uma postura estritamente legalista, na prática este fato não se concretizou.

Restou evidente, ainda, que o espaço no qual se situa o Direito Civil se reflete em concepções de ordem política, econômica e social em cada período no qual se encontra. Dito isto, no momento atual, se verifica uma tendente proteção conferida à pessoa individualmente considerada na órbita de atuação do Direito Civil, que passa a congrega não mais tão só a liberdade individual do ponto de vista patrimonial, mas a se coadunar à dimensão axiológica do sistema, no sentido de enxergar na pessoa humana como o centro das relações e o fim último das coisas, razão pela qual sua tutela merece uma proteção prioritária, rompendo, até mesmo, com estruturas e institutos tradicionais para se chegar às novas dimensões do sistema.

Pôde-se verificar que o modelo de tutela jurídica baseado tão somente na estrutura conferida pelo direito subjetivo não se coaduna às transformações pelas quais passa a sociedade no momento atual. A busca por um perfil funcional, capaz de congrega as verdadeiras finalidades dos institutos, sobretudo no sentido de promoção da dignidade da pessoa humana, acompanha o advento das situações jurídicas subjetivas, as quais se fundam não apenas na realidade emanada através do comando legal da norma, mas a partir de situações que exigem do Direito uma necessária valoração, em um verdadeiro centro de interesses apto a

instrumentalizar os verdadeiros anseios oriundos da complexa cadeia de relações da sociedade contemporânea.

Dessa forma, a atividade do hermeneuta, diante do caso concreto, deverá ser guiada a partir do objeto perseguido por cada espécie de negócio jurídico, cabendo a ele uma tarefa minuciosa e pormenorizada em face dos interesses que estão sendo postos em jogo, sobretudo no sentido de se estabelecer uma clara proteção prioritária à pessoa. Nesse contexto, vez inseridos dentro de um espaço de autodeterminação, os negócios jurídicos existenciais, sobretudo aqueles que têm como objeto aspectos da personalidade humana, tornam possível um espaço de autorrealização da pessoa na medida de suas necessidades específicas.

Este espaço, vale dizer, apenas encontra limitações que podem se contrariar a aspectos também atinentes aos demais negócios jurídicos, como os vícios e defeitos positivados nos termos da legislação civil vigente. Portanto, o diálogo estabelecido entre a esfera negocial e a personalidade humana congrega uma relação na qual se assenta a exteriorização do mais íntimo espaço de autorrealização da pessoa, com a possibilidade de autorregulamentar interesses relativos à sua existencialidade a partir do que elege para si como sendo um aspecto fundamental para o seu projeto de vida individual, em observância às normas de ordem pública.

Foi possível observar, igualmente, que o testamento vital constitui uma espécie do gênero diretiva antecipada de vontade, que não se confunde com o mandato duradouro, em razão de a escolha referente às decisões afetas a tratamentos e intervenções médicas concernentes à terminalidade da vida partirem de uma livre decisão do paciente, que, sozinho, decide a quais procedimentos deseja se submeter ou não quando estiver em estado de incapacidade decisória. Além disso, observou-se que o testamento vital compreende um espaço de atuação aplicado quando as intervenções e tratamentos médicos a que serão submetidos o paciente tenha pouca eficácia terapêutica.

Contudo, não se pode olvidar que algumas limitações à autodeterminação em matéria de direitos de personalidade são necessárias, na medida em que disposições voluntárias que contrariem interesses de ordem pública, como a moral e os bons costumes, devem ser restringidas e limitadas em razão de uma valorização galgada em um interesse superior.

Nesse sentido, em resposta à questão-problema apresentada no início desta pesquisa - se os negócios jurídicos existenciais podem servir de espaço para o livre desenvolvimento da personalidade humana à luz dos atuais paradigmas interpretativos do Direito Civil - é possível concluir que o testamento vital é um negócio jurídico de caráter existencial, além de ser um meio de livre desenvolvimento da personalidade humana, logo. Logo, os negócios jurídicos existenciais podem funcionar como um espaço de livre desenvolvimento da personalidade, a



partir de uma postura que busca nas transformações do Direito Civil na atualidade, em especial a partir da releitura da funcionalidade do instituto do negócio jurídico, a conduta mais adequada para se guiar as discussões em torno do assunto.

Ressalte-se, por fim, que o campo da negociabilidade, tradicionalmente visto à serviço de uma teoria estrutural e com feições patrimoniais, passa a se amoldar à nova realidade delineada no meio social, trazendo para o Direito a necessidade de se priorizar a livre proteção à pessoa e, assim, se coadunar à dimensão axiológica do sistema, na medida em que institutos e situações jurídicas sejam capazes de captar a postura que toda a atividade política, legislativa e jurisdicional do sistema é guiada.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. A descodificação do Direito Civil Brasileiro. **Direito e Justiça**, v.13, n.1, p.129-148, jan.1999. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/direitojustica/article/view/11061>. Acesso em: 04 out. 2023.

ARAÚJO, Jacqueline Reis de. **Direitos da personalidade**: a legitimidade dos atos de limitação voluntária à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Monografia (Graduação em Direito), Universidade Federal do Ceará, Centro de Ciências Jurídicas, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10884/1/JRAra%c3%bajo.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

ARGENTINA. **Ley 26. 994, de 7 de octubre de 2014**. Código Civil y Commercial de la Nación. Buenos Aires, ARG. Disponível em: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#1>. Acesso em: 25 out. 2023.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favour de uma ética biocêntrica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.103, p.115-126, jan./dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67800>. Acesso em: 07 out. 2023.

BARROS, José D'Assunção. Sobre a noção de paradigma e seu uso nas ciências humanas. **Caderno de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, Florianópolis, v.11, n.98, p.426-444, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1984-8951.2010v11n98p426/12858>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier Baez; CASSEL, Douglas (Orgs.). **A realização e a proteção internacional dos Direitos Humanos**: desafios do século XXI. Joaçaba: Unoesc, 2011. p. 227-44

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. A interseção entre o público e o privado: a natureza híbrida dos direitos fundamentais como instrumento para superação da *summa divisio*. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v.19, n.1, p.149-165, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1717>. Acesso em: 02 out. 2023.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1995 de 09/08/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília – DF, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília – DF, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 25 out. 2023.

CINTRA, Ana Luisa de Vasconcelos; MELO, Álisson José Maia. O “testamento vital” como um direito da personalidade: o respeito à autonomia da vontade nas diretivas antecipadas. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v.42, n.2, p.97-129, jul./dez. 2021. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/1289>. Acesso em: 20 out. 2023.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v.45, p.99-102, 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8750>. Acesso em: 02 out. 2023.

COSTA, Claudia Aparecida; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Direitos da personalidade: objeto de negócios jurídicos existenciais. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v.31, n.12, p.413-426, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8966>. Acesso em: 17 out. 2023.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, p.61-71, n.28, mai. 2013. Disponível em: <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

DIAS, Eduardo Rocha. Situações jurídicas existenciais e jusfundamentalidade. *In*: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo *et al.* **Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p.31-49.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29835/geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 17 out. 2023.

ELGEMANN, Wilson; BASAN, Arthur Pinheiro; HELGERA, Carlos José de Cores. Do contrato liberal ao contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v.15, n.2, p.30-54, mai./ago. 2019. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3527>. Acesso em: 13 jul. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GODINHO, Adriano Marteleto. Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e sua limitação voluntária. **Revista Jurídica Electrónica**, Buenos Aires, a.1, n.2, p.1-16, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unlz.edu.ar:8080/handle/123456789/254>. Acesso em: 25 out. 2023.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.6, n.1, p.1-22, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/285>. Acesso em: 09 out. 2023.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade humana com alicerce nos contratos existenciais. **Civilista.com**, Rio de Janeiro, v.7, n.3, p.1-24, dez. 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373>. Acesso em: 15 out. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.36, n.141, p.99-109, jan./mar.199. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>. Acesso em: 13 jul. 2023.

LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. *In*: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo *et al.* **Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p.19-27.

MACEDO FILHA, Maurides Batista de; CAVALCANTE, Jessica Painkow Rosa; BATISTA, Leonardo Matheus Barnabé. A escola da Exegese e a investigação científica livre: Reflexos Hermenêuticos Jurídicos no Brasil (1873 a 1887). **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.8, n.2, p.9188-9209, fev. 2022. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/43698>. Acesso em: 03 out. 2023.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e negócios jurídicos existenciais**. *In*: Ana Cláudia Corrêa Zuin Matos do Amaral; Éverton Pona; Priscila Machado Martins. (Org.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**. Curitiba: Juruá, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, n.65, p.21-32, jul./set.1993.

MATTIETTO, Leonardo. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, a.6, n.16, p.11-25, set./dez. 2017. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Leonardo-Mattietto/publication/335383845\\_Dos\\_direitos\\_da\\_personalidade\\_a\\_clausula\\_geral\\_de\\_protecao\\_da\\_pessoa/links/5d61be2fa6fdccc32ccf1492/Dos-direitos-da-personalidade-a-clausula-geral-de-protecao-da-pessoa.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Leonardo-Mattietto/publication/335383845_Dos_direitos_da_personalidade_a_clausula_geral_de_protecao_da_pessoa/links/5d61be2fa6fdccc32ccf1492/Dos-direitos-da-personalidade-a-clausula-geral-de-protecao-da-pessoa.pdf). Acesso em: 07 out. 2023.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/22588>. Acesso em: 21 out. 2023.

NAGASHIMA, Rafael Kenji Freiburger; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa; GONZALES, Stéphanie Freiburger. Negócios jurídicos existenciais. **Revista Eletrônica do Centro Universitário do Rio São Francisco**, Paulo Afonso, v.1, n.32, 2021, p.1-23. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/internas/conteudo/resumo.php?id=652>. Acesso em: 15 out. 2023.

NEVES, Marcelo. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v.30, n.88, p.5-27, jun.2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/9Lwmf3cFvs7n3XQLLnqJLbm/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 03 out. 2023.

PESSÔA, Leonel Cesarino. Em torno da distinção entre as perspectivas zetética e dogmática: nota sobre a pesquisa jurídica no Brasil. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v.4, p.23-32, 2005. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/580/543>. Acesso em: 28 set. 2023.

POLASTRINI, Dyovanna Souto. **Testamento vital e os direitos da personalidade: da necessária regulamentação legal**. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário Mário Palmeiro, Monte Carmelo, 2021. Disponível em: <http://repositorio.fucamp.com.br/handle/FUCAMP/608>. Acesso em: 20 out. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344**. Código Civil - CC. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. Lisboa, 1966. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em: 25 out. 2023.

RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v.8, n.4, p.161-177, mai./ago. 2014. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2888>. Acesso em: 16 out. 2023.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A passagem do Direito Civil “tradicional” para o Direito Civil-Constitucional: uma revisão de literatura. **Revista Videre**, Dourados, v.12, n.25, set./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/11580>. Acesso em: 03 out. 2023.

SILVA FILHO, Daniel Rocha da. A ciência do Direito e Thomas Kuhn. **Fadisp**, São Paulo, v.11, n.2, p.1-27, 2017. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/110>. Acesso em: 27 set. 2023.

STAUT JÚNIOR, Sergio Said. A Escola da Exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do direito. In: OPUSZKA, Paulo; CARBONERA, Silvana (Org.). **Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas**. Pelotas: Delfos, 2008, p.1-16. Disponível em: [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/61392069/Artigo-Escola\\_da\\_Exegese\\_2a\\_ed20191201-51870-hf00sr-libre.pdf?1575242967=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA\\_Escola\\_da\\_Exegese\\_percurso\\_historico\\_d.pdf&Expires=1696375860&Signature=auXNSP3RhoP-JBFDfPbzaeKWuKTAUBiNHWECSSoiEtZVKugVbNd2KmlouWDS5vIAkYZjb6F3ECvLtA2721Ed4LMGLPNYQW5FmSd28XO~ejQG2S6~8T8OAIR2i5qyWq9gLHm~T1NoxRrawtZi7Jo~oDleQCACxOSweXLA24ItPkeW5ThynHtJh4K52tUjP76xGftv~uj02TOA1QSJoAk64fJfzKzTiSHGnV0iDasx5nvkfEvvEO1tlvJ69eWj-a21nRY8VzwcAPxJjRHFEPwjv6tP4M3LJAKjYDF96m7TW1z7JsbBsmuScCw2DctFHD~Zs8tVpG7sKz~6mCxiN9nHqA\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/61392069/Artigo-Escola_da_Exegese_2a_ed20191201-51870-hf00sr-libre.pdf?1575242967=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA_Escola_da_Exegese_percurso_historico_d.pdf&Expires=1696375860&Signature=auXNSP3RhoP-JBFDfPbzaeKWuKTAUBiNHWECSSoiEtZVKugVbNd2KmlouWDS5vIAkYZjb6F3ECvLtA2721Ed4LMGLPNYQW5FmSd28XO~ejQG2S6~8T8OAIR2i5qyWq9gLHm~T1NoxRrawtZi7Jo~oDleQCACxOSweXLA24ItPkeW5ThynHtJh4K52tUjP76xGftv~uj02TOA1QSJoAk64fJfzKzTiSHGnV0iDasx5nvkfEvvEO1tlvJ69eWj-a21nRY8VzwcAPxJjRHFEPwjv6tP4M3LJAKjYDF96m7TW1z7JsbBsmuScCw2DctFHD~Zs8tVpG7sKz~6mCxiN9nHqA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA). Acesso em: 03 out. 2023.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. O paradigma na ciência do Direito: uma análise da epistemologia de Thomas Kuhn. **Revista de Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, Itajaí, v.3, n.1, p.1.17, 2011. Disponível em: [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63922256/2011\\_HWR-LSG\\_ParadigmaEmKuhn\\_DireitoEIntersubjetividade20200714-40574-104ukjw-libre.pdf?1594775651=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DREVISTA\\_FILOSOFIA\\_DO\\_DIREITO\\_E\\_INTERSUBJ.BJ.pdf&Expires=1695859107&Signature=ESfOosPtO~Z5uEGDtTyH7HesLxRv2hEsP~wrZBXNqriKasNZtciKyuNxiWd~FtovYOIMETmL0WhzA5RyQ2UdjRdj9F51vZ06FVDgnIPHXbf0O66qWkvH1vhKrDm9fbGaiTCkbBFcCnltIH4ID0PBBhk4xRjUEXN5EgEqXxMnxgjXkbHQuG5L3rU4YA6GpPLHHf1LXlhruEgQ~xNAvaHLZw7OhulJFF0q8vZ9LTHxdAPg5v13~W4Icv12s-AnSv2oGnQpbiFGJo87j~TGVb7SnUAFZhhBTAvlLUTw-BpqWP-SOO3klyoMvb~MhWXYiRqpLHl2XQmPQKufxR1BLCePXg\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63922256/2011_HWR-LSG_ParadigmaEmKuhn_DireitoEIntersubjetividade20200714-40574-104ukjw-libre.pdf?1594775651=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DREVISTA_FILOSOFIA_DO_DIREITO_E_INTERSUBJ.BJ.pdf&Expires=1695859107&Signature=ESfOosPtO~Z5uEGDtTyH7HesLxRv2hEsP~wrZBXNqriKasNZtciKyuNxiWd~FtovYOIMETmL0WhzA5RyQ2UdjRdj9F51vZ06FVDgnIPHXbf0O66qWkvH1vhKrDm9fbGaiTCkbBFcCnltIH4ID0PBBhk4xRjUEXN5EgEqXxMnxgjXkbHQuG5L3rU4YA6GpPLHHf1LXlhruEgQ~xNAvaHLZw7OhulJFF0q8vZ9LTHxdAPg5v13~W4Icv12s-AnSv2oGnQpbiFGJo87j~TGVb7SnUAFZhhBTAvlLUTw-BpqWP-SOO3klyoMvb~MhWXYiRqpLHl2XQmPQKufxR1BLCePXg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA). Acesso em: 27 set. 2023.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo e a tradição de *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v.5, n.2, p.13-59, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/1054>. Acesso em: 05 out. 2023.

SALVADOR, George Murillo de. **As diretivas antecipadas de vontade**: o testamento vital. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/55506/GEORGE%20MURILLO%20DE%20SALVADOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 out. 2023.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilista.com**, Rio de Janeiro, v.4, n.1, p.1-26, ago. 2015. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/207>. Acesso em: 07 out. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v.16, p.75-104, abr./jun. 2018. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232>. Acesso em: 17 out. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, família e sucessões**: diálogos interdisciplinares. Foco: Indaiatuba, 2021, p.136-159.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: **Temas de Direito Civil** – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.03-19.

WENSEDOCK, Tula; BRANCO, Gerson. Limitações voluntárias aos direitos da personalidade: um estudo comparativo entre o direito brasileiro e português. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a.2, n.2, p.1469-1492, 2016. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/tjlb/2016/2/2016\\_02\\_1469\\_1492.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/tjlb/2016/2/2016_02_1469_1492.pdf). Acesso em: 25 out. 2023.

ZATTAR, Neuza Benedita da Silva. **Os sentidos de liberdade dos escravos na constituição de sujeito de enunciação sustentada pelo instrumento da alforria**. Dissertação (Mestrado em Linguística) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudos da Linguagem, Campinas, 2000. Disponível em: <https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/190601>. Acesso em: 07 out. 2023.