

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho

Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-025-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

Apresentação

Neste ano de 2020 - um ano totalmente atípico, o Encontro do Conpedi aconteceu de forma virtual, ou, em outras palavras, aconteceu de 23 a 30 de junho o Encontro Virtual do Conpedi.

Este encontro, que aconteceu a partir da reunião de muitos esforços, contou com a participação de muitos pesquisadores, estudantes e professores – e sem dúvida alguma, foi um sucesso!!!

Partindo deste cenário, apresentamos o GT Biodireito e Direito dos Animais I, o qual foi organizado em dois blocos de discussões, sendo que inicialmente foram apresentados os trabalhos que permeavam o tema do direito dos animais e, por fim, as apresentações pertinentes aos temas que circundam o biodireito.

Considerando a dinâmica observada no biodireito e sua proeminência na sociedade atual, bem como as transformações que envolvem os direitos atribuídos aos animais não humanos, os trabalhos apresentados neste GT, assim como as discussões e os debates propostos, possibilitaram perceber-se uma ressignificação da sociedade e dos seus atores sociais ao longo dos séculos, e, conseqüentemente, o surgimento de novos ramos do conhecimento científico – que ao final, com certeza, contribuem para um novo olhar sobre a pesquisa jurídica.

Convidamos a todos que leiam os textos apresentados neste GT.

Julho de 2020 – Pandemia de Covid-19.

Profa. Dra. Janaína Machado Sturza – UNIJUI/RS

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Biodireito e Direitos dos Animais I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>),

conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Biodireito e Direito dos Animais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CATEGORIA DOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: SITUAÇÃO JURÍDICA.

CATEGORY OF BIOJURIDICA BUSINESS: LEGAL SITUATION.

José Rodolfo Castelo De Rezende

Janaína Vandresen

Fernando Ono Martins ¹

Resumo

A compreensão dos negócios biojurídicos demanda o enquadramento na categoria da situação jurídica ao invés da relação jurídica. Surgida nos idos do séc. XIX, a estrutura teórica da relação jurídica exige simultaneamente os requisitos de sujeitos ativo e passivo, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, com conteúdo econômico, bem como o vínculo jurídico que pressupõe a existência de previsão legal. No entanto, no séc. XXI, os negócios biojurídicos recusam-se a subsumirem nessa vetusta arquitetura nascida há mais de 200 anos. Nessas circunstâncias, a categoria jurídica da situação jurídica possui os instrumentos mais adequados ao ofício dos juristas e hermeneutas.

Palavras-chave: Relação, Jurídica, Biojurídico, Situação, Categorias

Abstract/Resumen/Résumé

The understanding of bio-legal businesses demands framing the category of legal situation instead legal relationship. Appeared in the century XIX, the theoretical structure the legal relationship simultaneously requires the requirements of active and passive subjects, a lawful, possible, determined or determinable object, with economic content, as well as a legal bond that presupposes the existence of a legal provision. However, in the 21 st century, bio-legal businesses refuse to subscribe to this ancient architecture born mor than 200 years ago. In these circumstances, juridical category of the legal situation has the most appropriate instruments for opinions of juristis and hermeneuts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Relationship, Legal, Bio-legal, Categories

¹ Mestrando em Direito Negocial Uel.

INTRODUÇÃO

A relação jurídica foi elevada ao patamar de instituto fundamental e indispensável para a compreensão dos fenômenos jurídicos na medida em que serve como pressuposto de uma abordagem científica do Direito. Firmou-se até mesmo um certo consenso de que os negócios jurídicos devem ser compreendidos, estudados e estruturados tendo em vista essa concepção comportando dois ou mais sujeitos, um objeto e um vínculo jurídico.

Tal categoria jurídica demanda que os negócios jurídicos sejam estruturados com três alicerces fundamentais, a saber: primeiro, pluralidade de sujeitos de direito em pólos distintos e antagônicos; segundo, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, com substrato econômico e patrimonial; e, terceiro, a existência de vínculo jurídico. Especial relevância contém este último porque, de forma velada, exige-se a subsunção ao ordenamento jurídico positivo, ou seja, não se admite atividades além das fronteiras legais.

E toda a construção da relação jurídica, que nos chega hoje, fora idealizada nos idos do século XIX com o Código Civil alemão prescrevendo, em sua parte geral, a disciplina desse instituto. Dada influência e consagração do direito germânico e sua escola civilista, já no início do século seguinte, com a promulgação do Código Civil de 1916, o Brasil esposou essa estrutura da relação jurídica para a compreensão dos negócios jurídicos em especial, bem como de todos os fenômenos jurídicos de modo geral. E, no início do século XXI, o Código Civil de 2002 manteve inalterada essa arquitetura teórica para raciocinar, pensar e refletir os acontecimentos jurídicos.

Essa perspectiva, porém, revela-se insuficiente para compreender a totalidade dos negócios jurídicos da contemporaneidade e, mais além, até mesmo dos fenômenos jurídicos. Numa análise mais aprofundada, verifica-se que a relação jurídica representa apenas parte de um todo em que esse todo é uma realidade muito mais complexa, cambiante e indomável. A estruturação dessa categoria jurídica simplesmente não consegue alcançar inúmeros fatos sociais, deixando-os muito aquém de um tratamento jurídico adequado para garantir a segurança e a necessária funcionalidade das operações negociais. Cada vez mais complexos e frequentes, muitos negócios jurídicos não se subsumem às balizas delineadas pela categoria jurídica denominada relação jurídica.

Os negócios biojurídicos, nessas circunstâncias, passaram a chamar a atenção por se recusarem ao enquadramento nas estruturas dadas pela relação jurídica, ou seja, consistentes

na pluralidade de sujeitos, objeto e vínculo jurídico. Por exemplo, bastaria pensar no testamento vital para ver que inexistente o vínculo jurídico, pois, o ordenamento jurídico ainda não disciplinou esse tipo de negócio jurídico. Ou, então, outro exemplo seria a gestação de aluguel que, além de não ter previsão legal (vínculo jurídico), não possui um objeto (qual seria o objeto econômico?). E, ainda outro exemplo, poder-se-ia citar a criogenia em que se verifica a inexistência de vínculo jurídico (previsão legal), bem como objeto e o sujeito ativo se confundirem com o sujeito passivo...

A ideia de uma categoria jurídica com um sujeito ativo (credor), um sujeito passivo (devedor), um objeto (patrimonial) e um vínculo jurídico (previsão legal) já não comporta a nova realidade social do século XXI e, notadamente, os negócios jurídicos oriundos do Biodireito. E, nesse contexto, a categoria jurídica denominada situação jurídica traz instrumentos teóricos mais condizentes aos hermeneutas utilizarem para dirimir os conflitos sociais inéditos da contemporaneidade. Em substituição à categoria jurídica da relação jurídica, a situação jurídica apresenta-se como uma estrutura apta a abarcar esses negócios jurídicos até então desconhecidos, facilitando a compreensão e aplicação das normas jurídicas.

O plano de desenvolvimento deste trabalho será, inicialmente, analisar a categoria da relação jurídica; em seguida, os negócios biojurídicos com suas características e peculiaridades para demonstrar que a categoria jurídica da relação jurídica mostra-se insuficiente para a empreitada de compreender essa nova e complexa realidade social. E, num terceiro momento, inspirando-se em literatura nacional e estrangeira, procurar-se-á demonstrar que a categoria jurídica da situação jurídica revela-se mais apta, adequada e condizente para enfrentar os desafios trazidos pelo biodireito.

A investigação o método adotará o método dedutivo. Problematização e proposição tese com fundamento na doutrina nacional e, especialmente, a estrangeira.

1. RELAÇÃO JURÍDICA: NEGÓCIOS PATRIMONIAIS.

A construção do conceito de relação jurídica e a sua elevação a princípio nuclear para a ciência do direito deve-se aos pandectistas, liderados por Savigny, no início do século XIX, e “consiste, ainda hoje, em uma das mais importantes categorias da técnica jurídica do direito privado e um dos mais importantes critérios de orientação da teoria do direito” (AMARAL, 2013, p.209/210).

Em sua origem histórica, os negócios jurídicos foram pensados para possibilitar a atividade econômica por meio da circulação de riquezas, visando-se aos interesses patrimoniais, individuais e disponíveis. Situado na época do liberalismo clássico, esse contexto sócio-econômico influenciou a estrutura teórico-normativa dos negócios jurídicos os quais almejavam preponderantemente atender às necessidades materiais. A título de exemplo, o contrato, que é espécie de negócio jurídico, já chegou a ser definido como “*a veste jurídico-formal das operações econômicas*” (ROPOO, 1998, p.11).

Para os negócios jurídicos conhecidos até o final do sec. XX, torna-se compreensível entender o motivo pelo qual a concepção da relação jurídica revelou-se tão auspiciosa e promissora como tese jurídica capaz de conceder aos hermeneutas as ferramentas teóricas adequadas para tratamento dos fenômenos jurídicos. Os negócios jurídicos estruturavam-se de maneira simples e singela. Possuíam os requisitos da relação jurídicas, ou seja, dois sujeitos de direito em pólos distintos e antagônicos, um objeto patrimonial e o vínculo jurídico. Basta citar o contrato de compra e venda de um imóvel e ter-se-á preenchido os elementos de uma relação jurídicas, pois, há o comprador (sujeito ativo), o vendedor (sujeito passivo); o objeto (imóvel); e o vínculo jurídico (previsão legal da hipótese de compra e venda de imóveis). O desenho dessa relação jurídica é suficiente, por si só, para a compreensão do fenômeno jurídico e social.

Dessa forma, a relação jurídica foi originalmente concebida como o vínculo que o direito estabelece entre pessoa e pessoa, determinando para cada sujeito de direito atribuições diferentes, ou seja, direitos para uma parte e deveres para outra, mediante o exercício da declaração de vontade.

Para Emilio Betti, no campo do direito privado, a relação jurídica pode ser caracterizada “como uma relação que o direito objetivo estabelece entre uma pessoa e outra pessoa, na medida em que confere a uma um poder e impõe à outra um vínculo correspondente” (BETTI, 2008, p.26/27). Esse jurista italiano assevera, ainda, que as relações jurídicas possuem substrato em relações sociais anteriormente existentes, as quais são qualificadas e valoradas normativamente, elevando-lhes à categoria de fatispécies, por entender que são relevantes à vida e às variações das relações jurídicas (BETTI, 2008, p.27).

Na mesma linha de pensamento, Francisco Amaral leciona que:

Relação jurídica é o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos. É conceito básico do direito privado, representando a situação jurídica de

bilateralidade que se estabelece entre sujeitos, em posição de poder, e outros em correspondente posição de dever. Poderes e deveres estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a tutela de um interesse, entendendo-se como interesse a necessidade de bens materiais ou imateriais que se constituem em razão para agir. (AMARAL, 2006, p.104/105)

Tratando a relação jurídica como sendo as relações de caráter intersubjetiva, que existe entre dois ou vários sujeitos, com objeto e vínculo jurídico, Felipe de Oliveira Vila Nova elenca quatro elementos essenciais para sua construção e validação, sendo assim disposto:

“Qualquer relação que tenha este adjetivo – jurídica – possuirá quatro elementos tidos como essência para a sua formação, são eles: os sujeitos, o objeto e o que Miguel Reale chama de vínculo de atributividade. Giuseppe Lumia resume de forma sucinta e precisa a essência destes elementos da seguinte forma: “No âmbito das relações jurídicas são consideradas os sujeitos entre os quais a relação se instaura, a posição que ocupam na relação e o objeto a propósito do qual a relação se estabelece. Os sujeitos que concorrem para constituir a relação jurídica são chamados partes, para distingui-los de terceiros, isto é, dos sujeitos estranhos à relação, mesmo que dela possa obter, indiretamente, vantagem ou prejuízo. A posição de qualquer das partes no seio da relação jurídica define a chamada (não sem alguma incerteza terminológica na doutrina) situação jurídica daquelas. O termo de referência externa da relação jurídica consiste, enfim, o seu objeto.” (NOVA, 2014, p.9).

A estrutura da categoria de relação jurídica encaixa-se nos negócios jurídicos patrimoniais, pois, consegue-se enxergar nitidamente todos os seus elementos. Torna-se, assim, adequada para compreensão, entendimento e aplicação de tais negócios jurídicos.

2. NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: EXISTENCIALIDADE.

O mundo não é imutável. Trata-se até mesmo de um truísmo dizer que, desde o início dos tempos, as relações sociais, econômicas e tecnológicas jamais permaneceram inalteradas, sempre se modificaram, quer seja para melhor, quer seja para pior, com mais ou menos velocidade, para o progresso ou regresso da humanidade.

E o Direito não passou incólume. Toda alteração econômica, social ou tecnológica influenciou o ordenamento jurídico numa relação tal qual a de infraestrutura e superestrutura. Qualquer movimento da infraestrutura modificou, de alguma forma, a superestrutura. Consoante a explicação materialista histórico marxista, o Direito seria tão-só uma superestrutura, de caráter ideológico, determinada pela infraestrutura econômica. Esse

enunciado deveria ser atualizado para que no conceito de infraestrutura passe a se incluir também as relações sociais e os avanços tecnológicos, pois, eles determinam, condicionam e modificam a superestrutura, o Direito.

Enquanto até o séc. XX a economia e as relações sociais foram os grandes pilares do ordenamento jurídico; no séc. XXI os avanços tecnológicos passam a ganhar importância no mundo do Direito. Significa dizer que os avanços científicos, notadamente no ramo da medicina e saúde, mudarão o Direito na medida em que vários de seus institutos, princípios e regras serão insuficientes ou até mesmo inadequados para dirimir conflitos até então inéditos e complexos, oriundos desse progresso.

E a partir de meados do séc. XX e, com mais rapidez, neste séc. XXI, o mundo vem assistindo a incríveis e, ao mesmo tempo, assustadores avanços tecnológicos no campo da medicina e saúde. Passaram a ser realidade, no dia a dia, inovações como a possibilidade mudança de sexo, reprodução assistida, clonagem, engenharia genética, remoção e implantação de órgãos, criogenia humana, inseminação artificial, novos medicamentos, entre outros. Enfim, são inúmeras e inimagináveis conquistas que, na maioria das vezes, vêm para melhorar a vida, a saúde o bem-estar do ser humano

No mundo contemporâneo, os avanços tecnológicos no ramo da medicina resultaram no surgimento dos negócios biojurídicos nos quais são transacionados o bem-estar, a saúde e a vida da pessoas humanas. Muda-se, assim, o paradigma já que o objeto deixa de ser apenas patrimonial, incluído-se a existencialidade no mundo jurídico. Com isso, possibilitou-se novas formas de negócios contratos jurídicos, *“voltados, não mais para o aspecto meramente patrimonial, mas, também, a questões envolvendo o ser humano, a sua existência”* (PAVÃO, ESPOLADOR, 2019, pág.189/204). Tais benefícios passaram a ser negociados para satisfação de interesses existenciais e não meramente patrimoniais.

Com efeito, as pessoas começaram a almejar esses benefícios; e, por consequência, tornaram-se objetos de contratos que é o instrumento até então previsto pelo ordenamento jurídico para transação de bens e serviços patrimoniais, mas, a partir de agora, passaram a ter a função de intermediar situações existenciais dos seres humanos com implicações nos direitos da personalidade. A nova denominação do contrato com o adjetivo “biojurídico” decorre da peculiaridade de seu objeto que não se resume a aspectos patrimoniais, alcançando a essência da pessoa humana.

Portanto, é certo que, com o desenvolvimento da ciência e da medicina, surgiram avanços para a vida, saúde e bem-estar humano, possibilitando novas formas de contratos

jurídicos, “voltados, não mais para o aspecto meramente patrimonial, mas, também, a questões envolvendo o ser humano, a sua existência” (PAVÃO; ESPOLADOR, p.198)

Corroborando essa peculiaridade não patrimonialista desses negócios biojurídicos, Rose Melo Veceslau Meireles aduz que “não se admitem Negócios Biojurídicos onerosos. Essencial à sua natureza a gratuidade. O desenvolvimento da sua própria personalidade ou fins altruísticos, se o ato visa beneficiar outrem” (2019, p.86). E, ao analisar as ponderações dos doutrinadores a respeito de Negócio Biojurídicos e Biodireito, entende-se que essa modalidade que vem sendo praticada está intimamente ligada à questão humanista e aos valores dos seres humanos.

Dado que a evolução da sociedade e das tecnologias alteraram a forma que o homem enxerga a relação jurídica contratual na modernidade, a Teoria Geral do Contratos mostra-se essencial para compreender os Negócios Biojurídicos,. Em se tratando de Negócios Biojurídicos e sua aplicação, o contrato deve ser observado, principalmente, se ele se classifica como contrato Existencial ou de Lucro.

Essa divisão conceitual entre contratos de lucro e existencial é vista como o grande marco do direito contratual século XXI. Haja vista que essa classificação entre contrato de lucro e existencial levará o operador do direito saber qual regime normativo é aplicado ao caso concreto (AZEVEDO, 2015, p.115).

No mesmo passo, o escritor faz a conceituação de contrato existencial e contrato de lucro, veja:

Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais, essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir esse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões (AZEVEDO, 2015, p.304/305)

Percebe-se que o contrato existencial se configura pela não existência de ganho e, ainda, a sua prestação e objeto é destinado à subsistência da pessoa humana. Esses contratos se caracterizam em pactos a respeito de atendimento a serviço da vida e manutenção da saúde, entre outros. Por sua vez, o contrato de lucro consiste naqueles firmados entre empresas ou profissionais qualificados, sendo certo que a relação havida entre eles é igualitária, sem

distinção e subordinação. Logo, caso haja causa para rescisão, aquele que está agindo em desacordo com o pacto, deve ser excluído, bem como não poderá haver interferência do Estado Juiz, para que não haja abalos na segurança jurídica.

É importante frisar que prevalece o entendimento que o contrato existencial prevalece no Biodireito e Negócio Biojurídico. Em razão disso, as relações havidas nessa seara sempre serão vistas em benefício daquele cidadão que necessita das tecnologias ligadas à vida e sua manutenção. Por essa razão, o Negócio Biojurídico na atualidade é revestido de garantias necessárias para manter a integridade, seja ela física, mental, etc., nos contratos que envolvam matérias atinentes ao Biodireito e Negócio Biojurídico.

O objeto, porém, não é o único elemento especial dos contratos biojurídicos. A manifestação da vontade ganhou nova roupagem com a concepção da autodeterminação delimitando a liberdade do indivíduo com observância da boa-fé objetiva, função social e dignidade da pessoa humana, mas, ao mesmo tempo, garantindo-se um núcleo de autonomia onde não existe a possibilidade de ingerência estatal ou de particulares.

Por isso, a segunda peculiaridade dos contratos biojurídicos é a concepção da autodeterminação como modelo teórico para fundamentar a manifestação de vontade. Percebendo-se que o campo de abrangência da autonomia privada reduzia-se às relações contratuais patrimoniais com limitação da liberdade pelas cláusulas abertas da boa-fé objetiva e da função social, forjou-se o conceito de autodeterminação para melhor explicar a manifestação de vontade em negócios jurídicos existenciais tais como os contratos biojurídicos.

Na autodeterminação, além da observância das cláusulas da função social e da boa-fé, a liberdade individual exercida mediante a manifestação de vontade encontra suas balizas no princípio da dignidade da pessoa humana, pois, o objeto do negócio são os direitos da personalidade. Embora se reconheça um núcleo duro, onde não se pode admitir ingerência estatal ou de terceiros, a manifestação de vontade num contrato biojurídico deve atender ao princípio da dignidade da pessoa humana. Significa dizer que o indivíduo jamais poderá se submeter à uma relação negocial em que seja posto em xeque sua dignidade uma vez que se trata de direitos indisponíveis.

O modelo dogmático da relação jurídica surgiu no século XIX, consagrou-se no século XX e revela-se insuficiente para os novos contratos surgidos no século XXI, notadamente os de biodireito. No mundo contemporâneo ou pós-moderno, esse modelo teórico de relação jurídica se mostra inadequado para disciplinar as novas relações judiciais

oriundas, principalmente, dos avanços tecnológicos, perdendo-se o referencial de seus elementos.

E o mais importante a se notar desse movimento de negociação da existencialidade consiste na confusão do objeto com o sujeito. Posto de outra forma: num contrato existencial, como se negociam a vida, saúde e bem-estar humano, torna-se impossível dissociar o sujeito de direito e o objeto. Pela perspectiva da estrutura da relação jurídica, haverá uma confusão entre os dois elementos (sujeito e objeto).

Da análise perfunctória dos requisitos, conceito e natureza do Negócios Biojurídicos, verifica-se o surgimento de novos fenômenos jurídicos que, simplesmente, não cabem no esboço trazido pela dogmática da relação jurídica a qual demanda dois sujeitos, objeto e vínculo jurídico. Por exemplo, as pessoas não aguardam previsão legislativa para passarem a negociarem as inovações científicas que lhe são benéficas; e, pelos estritos conceitos de relação jurídica, tal negócio não possuiria vínculo jurídico o que, nessa perspectiva, embaraçariam o entendimento pelos profissionais do Direito.

Pugnando por uma interpretação das normas civis em consonância com o momento atual e não presa ao passado, Teresa Negreiros leciona o seguinte:

“Parece-nos que toda essa ênfase dada às mudanças incorporadas ao direito civil atual está a demonstrar que, na verdade, ainda sobrevive a crença no sistema científico oitocentista e no seu propósito de construção de um Direito à prova do tempo, dada a sua coerência e precisão dogmática. As categorias abstratas e generalizantes típicas da civilística tendem a ser vistas como aptas a conservar a neutralidade deste ramo do Direito diante das injunções políticas e econômicas, mantendo-o, no limite, infenso às conjunturas históricas.” (NEGREIROS, 2006, p.8)

Num mundo caracterizado pelas alucinantes inovações científicas em todos os ramos, pela diversidade cultural e pela comunicação em massa e global, impõe-se a superação do paradigma da relação jurídica para compreensão dos fenômenos jurídicos e, em especial, dos negócios jurídicos, pois, revela-se insuficiente para saciedade dos anseios e necessidades da sociedade contemporânea.

Os institutos de direito civil, mesmo os clássicos como a relação jurídica, precisam ser reanalisados para averiguar se persiste as condições para aplicabilidade no contexto social, político e tecnológico.

Por conta de peculiaridade de seu conteúdo, é certo que o negócio biojurídico demanda uma releitura da estrutura normativa e teórica em vigor. Na problemática posta, a

relação jurídica desenvolveu-se para o atendimento de relações sociais patrimoniais, disponíveis e individuais. Com a mudança de paradigmas, surgindo-se relações sociais existenciais, indisponíveis e coletivas, mostra-se indispensável a reanálise de tais dogmas.

3. SITUAÇÃO JURÍDICA: NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS.

A idéia de que negócios jurídicos resultam em relações jurídicas deve ser ponderada quando se trata dos negócios existenciais. Se no negócios patrimoniais, possa-se adotar a premissa como verdadeira, o mesmo não acontece quando se está tratando dos negócios existenciais o que se incluiu os negócios biojurídicos. O ponto nevrálgico consiste na ausência dos elementos de sujeito, objeto e vínculo jurídico quando se analisa um negócio jurídico feito sob a égide do Biodireito.

Na perspectiva da concepção da relação jurídica, constata-se que muitos negócios biojurídicos carecem ou vínculo jurídico por ausência de previsão legal; ou, então, simplesmente não existem dois sujeitos de direito em pólos divergentes ou se confundem com o próprio objeto. Muitas vezes, os elementos da relação jurídica não existem num negócio biojurídico o que, de certa forma, impede o tratamento adequado para compreensão do fenômeno jurídico.

O incrível avanço tecnológico da área médica não vem acompanhado pelo Direito. Surgem-se, assim, vácuos normativos e, por consequência, as relações fáticas simplesmente não possuem respaldo na legislação. Assiste-se a esse fenômeno, com certa frequência, na seara das tecnologias de informação e nas ciências médicas.

A ausência normativa de dada relação social implicará na supressão de um dos requisitos da relação jurídica. Descaracterizar-se-á, por conseguinte, os elementos como direito subjetivo, os sujeitos ativos e passivo, bem como o próprio objeto. E, enfim, restar-se-á alterados todos os elementos da relação jurídica do paradigma clássico e moderno, ensejando necessidade de superação desse imbróglio. Nessas circunstâncias, cresce-se o interesse pela categoria situação jurídica.

Outro ponto essencial para o debate consiste nos sujeitos de direito participantes dos negócios biojurídicos, pois, a depender do negócio celebrado, haverá uma confusão entre sujeito e objeto ou então a existência apenas de um sujeito de direito. Cita-se, como exemplo, as directivas antecipadas ou o contrato de gestação.

O civilista italiano Pietro Perlingieri que critica a doutrina que a relação jurídica seria relação entre sujeitos regulada pela norma, porquanto há hipóteses de relação em que não há

sujeitos determinados ou individuados ou até mesmo “não tem sujeitos existentes de um ponto de vista jurídico-formal”. Cita como exemplo a “relação entre centros de interesse determinados (portanto, relações e situações com estrutura interna), mas o sujeito titular de uma ou de ambas as situações não existe ainda”, ressaltando que “pode existir uma relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em relação entre sujeitos” (PERLINGIERI, 2002, p.114).

Defende, portanto, que a relação existente na relação jurídica é entre situações subjetivas, mesmo que haja coincidência na titularidade de um mesmo sujeito. O sujeito, portanto, “é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica”, não se trata de elemento essencial. O que sempre está presente no núcleo da relação é a ligação de um interesse e um outro ou entre uma situação e uma outra. Na perspectiva estrutural, a melhor definição de relação jurídica para Pietro é uma relação entre situações subjetivas (PERLINGIERI, 2002, p.115).

Porém, sob o ponto de vista funcional, a relação jurídica é “a normativa que constitui a harmonização (contemperamento) das situações subjetivas”, ela se apresenta como o ordenamento do caso concreto. De acordo com Pietro, é “um conjunto de cláusulas, preceitos, prerrogativas, atribuições, isto é, um regulamento”, o qual deve ser identificado para que se possa “indivduar e completar uma relação entre situações subjetivas”. Desse modo, a relação jurídica deve ser entendida sob o aspecto estrutural e também funcional, porquanto ambos se completam (PERLINGIERI, 2002, p.116/117).

Quando há mudança de um aspecto da disciplina que constitui um elemento que caracteriza a causa da relação jurídica, esta se modifica. Perlingieri (2002, p.144) cita o exemplo do caso em que se aluga uma habitação e surge daí a obrigação pecuniária de pagar aluguel, “a relação existente, sob o aspecto estrutural, consiste na relação entre a situação do locatário e aquela do locador e que se justifica com a função prático-jurídica da locação”. Contudo, se posteriormente o proprietário vende o apartamento ao seu inquilino, estabelecendo o pagamento imediato de um valor e o restante em prestações mensais correspondentes ao valor do antigo aluguel, ocorre um fenômeno interessante. Pietro Perlingieri descreve:

“Os centros de interesses (inquilino-comprador e proprietário-vendedor) e o objeto da prestação (a quantia antes entendida como aluguel e depois como prestação do preço) continuam idênticos: o que mudou foi o título da obrigação, dado que a quantia antes era devida a título de aluguel e agora é devida a título de preço: a obrigação, portanto, novou.” (PERLINGIERI, 2002, p.144/145).

Assim, verifica-se que, do ponto de vista estrutural, são idênticas as relações, porquanto as obrigações pecuniárias mensais continuaram as mesmas. No entanto, sob a ótica funcional, as relações são diversas, pois as razões que justificam e caracterizam as relações acima são diferentes, um é mútuo e o outro é venda, um se obriga a título de aluguel e o outro a título de preço, ocorrendo a “novação legal da relação” (PERLINGIERI, 2002, p.145/146).

O ponto fulcral consiste em saber se o instituto da relação jurídica, cujo modelo dogmático foi construído no início do século XIX, revela-se suficiente e adequado para disciplinar os novos negócios jurídicos do século XXI, notadamente os biojurídicos.

Marcos Bernardes de Mello (2013, p.95) apresenta definição de situação jurídica em sentido lato como sendo “toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico [...]; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontre no mundo jurídico”. No sentido estrito, ressalta que “os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza ainda uma relação jurídica, e os eventuais direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus ou sujeição na posição passiva” (MELLO, 2013, p.95).

Com efeito, as relações jurídicas “nascem, modificam-se e extinguem-se como efeito de determinados acontecimentos, dependentes ou não da vontade humana, os chamados fatos jurídicos”. O autor prossegue dizendo que “quando certas consequências jurídicas se ligam a determinadas situações ou comportamentos, configuram-se as situações jurídicas que nada mais são do que situações existenciais qualificadas ou legitimadas pelo direito” (AMARAL, 2014, p.235).

As situações jurídicas de cunho existencial devem ser objeto de releitura por parte dos aplicadores do direito, porquanto a teoria da subsunção do fato à norma se afigura insuficiente para solucionar questão que dizem respeito a direitos existenciais, sobretudo porque as decisões nem sempre poderão ser fundamentadas nessa teoria (LÊBO; SABO; AMARAL, 2017, p.10)

Para se enquadrar no conceito de negócio jurídico tradicional é preciso a presença dos seguintes elementos formadores: “sujeitos titulares de um direito subjetivo (que decorre de um direito objetivo, ou seja, da atuação normativa que selecionou o fato e o transformou em fato jurídico), que se ligam em razão de uma sujeição de um deles ao direito subjetivo do outro, nem um objeto de cunho patrimonial” (LÊBO; SABO; AMARAL, 2017, p.11/12).

No caso da situação jurídica subjetiva existencial, “os sujeitos nela envolvidos não são titulares de um direito subjetivo, mas sim de interesses juridicamente relevantes para o

Direito e seu objeto deixa de ser exclusivamente patrimonial, passando para a seara existencial” (LÊBO; SABO; AMARAL, 2017, p.11/12). Portanto, por meios dessas situações jurídicas, que substituem as relações jurídicas por falta de direito subjetivo, merecem ser tuteladas, ainda que não haja legislação a respeito

Portanto, “as relações jurídicas cujos sujeitos são titulares de um direito subjetivo torna-se insuficiente para compreender as relações que gravitam em torno de centro de interesses em um mesmo patamar, e não mais de direitos subjetivos, na tradicional relação ‘direito e dever’” (LÊBO; SABO; AMARAL, 2017, p.10).

A nova realidade pós-positivista demonstra que alguns institutos tradicionais, como a relação jurídica, não é mais suficiente para organizar o entendimento dos negócios jurídicos e do fenômeno jurídico. Por isso, novas formas teóricas precisam ser pensadas para superar os desafios do mundo hodierno o que se caracteriza por ser instável, inseguro e indomável.

Diante desse cenário apresentado, a concepção de situação jurídica releva-se mais adequada para a compreensão, estruturação e estudo dos fenômenos jurídicos e, em especial, dos negócios biojurídico. Por abranger um universo infinitamente maior de casos concretos, bem como abraçando a complexidade dos dias atuais, a doutrina da situação jurídica consegue a façanha da subsunção dos fatos para ensejar o funcionamento da engrenagem do mundo jurídico, garantindo-se o entendimento científico do direito.

CONCLUSÃO

Toda estrutura dogmática da relação jurídica, que nos chega até hoje, surgiu nos idos século XIX, por criação do jurista Savigny, e consiste na ideia de um vínculo normativo unindo dois ou mais sujeitos de direitos e um objeto com a distribuição de direitos e deveres. Tal concepção revelou-se promissora nas perspectivas clássica e moderna, pois, em tais épocas, os negócios jurídicos almejavam direitos patrimoniais e disponíveis, bem como tinham como fundamento a autonomia privada ou, até mesmo, a autonomia da vontade. Nessas perspectivas, a relação jurídica teve sua importância e contribuição para a ciência do direito em geral e, em particular, do direito civil.

Por essas razões, a relação jurídica foi elevada ao patamar de instituto fundamental e indispensável para a compreensão dos fenômenos jurídicos para uma abordagem científica do Direito, surgindo o consenso de que os negócios jurídicos devem ser compreendidos, estudados e estruturados tendo em vista a concepção de relação jurídica comportando dois sujeitos, um objeto e um vínculo jurídico.

No entanto, essa perspectiva revelou-se insuficiente para explicar a totalidade dos negócios jurídicos da contemporaneidade, pois se constatou que a relação jurídica se resume a apenas parte de um todo, pois a sua estruturação não alcança subsunção de inúmeros fatos, deixando-os aquém da necessária e adequada análise jurídica.

Com efeito, a relação jurídica também mostra-se insuficiente para os novos fatos sociais do século XXI. No mundo contemporâneo ou pós-moderno, esse modelo dogmático está muito aquém de enquadrar nos seus elementos todas as relações sociais, principalmente, as surgidas dos avanços tecnológicos, perdendo-se seus referenciais. Hodiernamente, o incrível avanço tecnológico não vem acompanhado pelo Direito, surgindo vácuos normativos com relações fáticas que simplesmente não possuem disciplina na legislação.

O ponto fulcral consiste na ausência de previsão normativa de dada relação social, pois implicará na supressão de um dos requisitos da relação jurídica que é justamente o direito subjetivo. Por inexistir o direito subjetivo, prejudicadas estarão as concepções de sujeitos de direitos, bem como o objeto jurídico, pois perde-se o referencial até então estruturados nas dobras da relação jurídicas. Com efeito, somente se pode cogitar em sujeito de direito se houver a existência de um direito subjetivo a ser atribuído a alguém; bem como o objeto de direito resulta de um direito subjetivo atribuído a alguém.

Além disso, nessas novas relações sociais não disciplinadas pela norma, comumente eclodem conflitos de interesses que necessitam ser pacificados. E o grande dilema da sociedade consiste em saber como resolvê-los se não existe norma jurídica atribuindo direitos e deveres, vinculando sujeitos de direitos e objetos. Por isso, justifica-se o interesse pelo estudo da situação jurídica para as hipóteses em que a relação jurídica não possuir os instrumentos adequados para dirimir conflitos sociais.

Nas situações jurídicas, ao contrário das relações jurídicas, inexistem direitos subjetivos, mas sim pretensões legitimamente protegidas. Auspiciosa construção, a situação jurídica mostra-se como um modelo capaz de solucionar demandas para as quais a norma ainda não se apressou em regulamentá-las. O interesse, desde que legítimo, seria protegido. Bastaria o interesse, mesmo sem direito.

Trata-se do caso dos negócios biojurídicos, pois, mesmo sem previsão normativa, já são uma realidade no mundo contemporâneo a desafiar os hermeneutas com questões inéditas envolvendo o biodireito e a bioética. Tendo como objeto os direitos existenciais e a manifestação de vontade balizada pela concepção da autodeterminação, essas novas modalidades negociais demandam de um regime jurídico para máxima aplicação dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Os avanços científicos na área da medicina e saúde não vêm acompanhados previamente pelo ordenamento jurídico. Muito pelo contrário, os fatos surgem primeiro e, em algumas hipóteses, o legislador vem disciplinar as relações sociais. Essa ausência de previsão normativa leva a necessidade de se socorrer ao paradigma da situação jurídica.

Existe também a confusão entre os elementos sujeitos ativos, passivo e objeto nos negócios biojurídicos. E a relação jurídica não admite a mistura ou supressão de tais elementos. Como o objeto da negociação é a saúde, a vida e o bem-estar do próprio contratante, perde-se totalmente o referencial da relação jurídica que exige os três elementos. O sujeito de direito seria o próprio objeto do contrato. Outra inadequação consiste na exigência da intersubjetividade das relações jurídicas, pois, existem negócios biojurídicos que tratam do interesse de apenas uma pessoa.

Infere-se, assim, que a categoria da relação jurídica é insuficiente para contemplar as novas realidades trazidas pela ciência e pela biotecnologia, sendo indispensável nos socorrermos ao paradigma da situação jurídica.

A concepção da situação jurídica revela-se essencial para a compreensão e o estudo do fenômeno jurídico na atualidade na medida em que consegue trazer ao mundo jurídico novas relações sociais as quais, a princípio, pela doutrina da relação jurídica, não tinha uma explicação e estruturação condizente para a funcionalização do direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral. Vol III. Relações e Situações Jurídicas**. Coimbra Editora, 2002.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP. Servanda Editora, 2008.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: 8.out.2019.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Negócios Biojurídicos**. In: Pona, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio Jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia - 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Negócios Biojurídicos**. In: Pona, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (coord.). *Negócio Jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato Novos Paradigmas**, 2ª Edição, Editora Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PAVÃO, Juliana Carvalho. ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquitti Tarifa. **Termo de Consentimento Livre e Esclarecido como mecanismo de afastamento do erro nos negócios biojurídicos**, Revista do Tribunais, vol. 1001/2019, pág. 189/204, março/2019.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998.

SAUWEN, Regina Fiúza e HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro” – Da bioética ao biodireito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 5ª. Ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.