

DIREITOS DA PERSONALIDADE: OBJETO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS EXISTENCIAIS

PERSONALITY RIGHTS: EXISTENTIAL LEGAL BUSINESS OBJECT

Claudia Aparecida Costa

Doutoranda pelo programa de Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá-UNICESUMAR, tendo como linha de pesquisa os instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade. Bolsista CAPES. Mestre em direitos da personalidade pelo Centro Universitário de Maringá-UNICESUMAR.
E-mail: claudiaclopes@outlook.com

Valéria Silva Galdino Cardin

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Programa de Pós-Graduação de Doutorado e Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar; Pesquisadora pelo Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogada no Paraná.
E-mail: valeria@galdino.adv.br

Recebido em: 11/08/2022

Aprovado em: 09/11/2022

RESUMO: O artigo tematiza os direitos da personalidade e a possibilidade de que eles sejam objetos de negócios jurídicos existenciais. Parte-se da seguinte problematização de pesquisa: são cabíveis as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública no que tange ao objeto que o negócio jurídico pode perseguir, especialmente quando versa sobre direitos personalíssimos? A pesquisa se faz necessária tendo em vista a delimitação da doutrina majoritária, quanto ao objeto da relação negocial, versar unicamente sobre bens de natureza patrimonial. Como hipótese, entende-se que seria possível, diante dos avanços sociais e da teoria contratual, que os direitos personalíssimos se apresentem como objeto de relações negociais. O estudo apoiou-se no método hipotético-dedutivo para a busca e obtenção de respostas a tal indagação, com recurso à técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Contratos existenciais. Direitos da personalidade. Negócio jurídico.

ABSTRACT: The article discusses personality rights and the possibility that they are objects of existential legal transactions. It starts with the following research questioning: are the limitations resulting from the interference of public order norms with regard to the object that the legal business can pursue, especially when it deals with very personal rights? The research is necessary in view of the delimitation of the majority doctrine, regarding the object of the business relationship, to deal only with assets of a patrimonial nature. As a hypothesis, it is understood that it would be possible, in the face of social advances and contractual theory, for very personal rights

to be presented as an object of business relationships. The study was based on the hypothetical-deductive method to search and obtain answers to this question, using the technique of bibliographic and documentary research.

Keywords: Existential contracts. Personality rights. Juridic business.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Do negócio jurídico. 2 Direitos da personalidade: Uma construção jurídica valorativa. 3 Da historicidade do direito negocial. 4 Da autonomia privada nos contratos de direitos da personalidade. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Os avanços sociais refletem o constante movimento das relações humanas e, conseqüentemente, imprimem novos contornos que desafiam a ordem jurídica. Tais relações implicam novos arranjos sociais e acordos de vontade celebrados, muitas das vezes, à margem do amparo legal.

Isso se dá porque as evoluções tecnológicas e científicas evoluem em uma temporalidade mais célere que a do Direito e determinam a necessidade de readequação da lei para abarcar cada inovação. No que se refere aos negócios jurídicos, novas e singulares formas de interpretação da lei civil mostram-se necessárias diante das questões existenciais complexas, as quais não se restringem a situações patrimoniais, já que envolvem assuntos constitutivos da própria personalidade das pessoas envolvidas na relação contratual e não encontram total correspondência no ordenamento jurídico posto, demandando, assim, nova construção a partir de uma abordagem atualizada dos fundamentos do arcabouço jurídico vigente. Isso se verifica, exemplificativamente, com os negócios biojurídicos que têm como objeto um bem da vida humana e sua fonte reside na bioética e a biogenética.

Investiga-se, portanto, nesse artigo, se é possível que direitos personalíssimos sejam objeto de relações contratuais válidas, partindo-se da seguinte problematização de pesquisa: são cabíveis as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública no que tange ao objeto que o negócio jurídico pode perseguir, especialmente quando versa sobre direitos personalíssimos?

A hipótese inicialmente lançada é a de que seria possível, diante dos avanços sociais e da teoria contratual, que os direitos personalíssimos se apresentem como objeto de relações negociais. Para a construção de ideias e alcance de possíveis conclusões, utilizou-se o método hipotético-dedutivo por meio da pesquisa teórica, fundamentada em revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos e na legislação nacional aplicável aos contratos existenciais.

1 DO NEGÓCIO JURÍDICO

Na teoria geral dos fatos jurídicos, a doutrina apresenta a relevância, para a vida social e para o Direito, dos eventos que ganharam qualificação na norma. Posto que, no dizer de Roberto de Ruggiero (1999, p. 25), o Direito não se desenrola senão através de uma série infinita de manifestações jurídicas. Tais manifestações, oriundas da natureza ou da vontade humana, são valoradas pelo Direito que as eleva à categoria de fatos jurídicos.

Os acontecimentos decorrentes da exteriorização da vontade humana podem ter seus efeitos concretos previstos na norma jurídica. A esses fatos dá-se o nome de ato jurídico *stricto sensu*. Há, ainda, manifestações humanas que têm o condão de criar efeitos jurídicos não previamente antecipados pela lei. Trata-se, aqui, dos negócios jurídicos.

Salienta-se que o negócio jurídico é marcado e caracterizado pelo elemento volitivo humano e apresenta nítido cunho de satisfação dos interesses privados das partes envolvidas. Significa dizer que essa classe de fatos jurídicos possibilita a concretização dos resultados que são

pretendidos e esperados pelas partes, por meio da convergência e concordância das manifestações de vontades. Assim, a vontade humana é a fonte do ato negocial e também o seu fundamento de existência e validade.

Neste sentido, Roberto Senize Lisboa (2010, p. 29) esclarece que:

A vontade pessoal constitui-se em fonte da obrigação a partir da sua declaração livre e séria, que pode ser: uma declaração unilateral [...] ou uma declaração bilateral, gerando efeitos jurídicos a partir da convergência ou do acordo de vontades sobre a esfera de cada declarante.

Entretanto, na teoria contratual clássica, existem algumas limitações a esse elemento volitivo. Alegando os princípios constitucionais protetivos da pessoa humana, parte da doutrina enxerga juridicidade somente no objeto contratual que repousa sobre bens patrimoniais.

Em conformidade com o que prevê o art. 104 do Código Civil, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2014, p. 556) afirmam que o objeto do contrato “há de ser lícito, possível, determinado ou determinável, não se contrapondo à lei, à moral ou aos bons costumes.” Ken Basho Neto (2019) esclarece que no art. 104 do Código Civil extrai-se que para a existência dos negócios jurídicos é necessária a composição de uma vontade, um objeto e uma forma. Não havendo esses elementos conjugados, não há negócio jurídico. Ou seja, a manifestação de vontade livre mostra-se como elemento essencial e determinante para a adequada aceitação e ingresso do ato no universo jurídico.

Sustenta, portanto, a doutrina que para que o negócio jurídico seja válido há necessidade de adequação a esses requisitos legais, quais sejam: a possibilidade, a liceidade e a determinabilidade. Este último requisito refere-se à necessidade de estabelecer com certa precisão no que corresponderá o objeto do negócio jurídico. Os dois requisitos iniciais se complementam, haja vista que a liceidade ou licitude é a conformidade do objeto com o ordenamento jurídico e a possibilidade é correlata à idéia de liceidade, pois possíveis são os objetos lícitos, não se devendo confundir com a noção de possibilidade material.

Ocorre, entretanto, que há bens jurídicos que são considerados, preliminarmente, como indisponíveis. É o que ocorre, por exemplo, com os direitos da personalidade, que são extrapatrimoniais, ou seja, versam sobre situações existenciais e não têm cunho pecuniário. Entende-se por direitos da personalidade aqueles inatos, decorrentes da natureza única e livre do homem, regulados na lei civil, que visam a proteção dos atributos pessoais e identificadores do indivíduo perante outros homens contra os possíveis conflitos que possam entre eles surgir. Carlos Alberto Bittar (2014, p.56) esclarece que os direitos da personalidade são observados sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo; e o direito moral de autor, a par de outros. Tais direitos podem ter uma repercussão patrimonial, entretanto sua essência não apresenta esse enfoque do ter, mas sim do ser. Conforme esclarece Danilo Doneda (2006, p. 45) :

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

primeira vista, um fator limitador de sua atuação. Esta situação foi alterando paulatinamente.

Ab initio, tais direitos estariam fora do âmbito de pactuação de um negócio jurídico. Entretanto, há doutrinadores que entendem ser possível a contratualização de situações existenciais, ou seja, aquelas que têm como objeto uma obrigação que visa a suprir necessidades existenciais da pessoa e não, unicamente, o lucro. Isso se deu com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil de 2002, quando vislumbrou-se a despatrimonialização de toda a sistemática jurídica, inclusive do direito civil, que afastou-se das linhas interpretativas liberais oitocentistas para culminar numa renovada visão da pessoa humana e consequente re colocação dela como centro e fim último das codificações. Tal movimento ampliou o alcance dos direitos da personalidade, como se passa a verificar no tópico seguinte.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA CONSTRUÇÃO JURÍDICA VALORATIVA

Após duas guerras mundiais a extrema vulnerabilidade do ser humano foi exposta, ao ponto de passar a inspirar a ampliação ou criação de direitos que viabilizassem uma maior proteção do ser humano. A Declaração Universal de Direitos Humanos traduz esse processo que abre e consolida espaço de luta pela dignidade humana, invocando uma plataforma emancipatória voltada de um lado à proteção à dignidade humana e por outro à prevenção ao sofrimento humano (PIOVESAN, 2009). A autora enfatiza que parte deles traduzem direitos civis e políticos, parte deles traduzem direitos econômicos, sociais e culturais e inserem-se em um contexto de inter-relacionamento sistêmico interno e externo que visa a efetivação da proteção.

No âmbito da legislação doméstica, o Estatuto da criança e do adolescente, do idoso, dos deficientes, além da abertura principiológica da Constituição Federal retratam esses diversos instrumentos jurídicos garantidores da dignidade da pessoa humana. Também os direitos personalíssimos encartados no Código Civil, no que tange a seara privada das relações humanas, poderiam receber essa função.

Sabe-se que no ordenamento jurídico nacional, o Código Civil de 1916 não contemplava expressamente os direitos da personalidade. O Código Civil de 2002 inaugurou no ordenamento jurídico nacional, expressamente, um capítulo destinado a tais direitos. O momento no qual os direitos da personalidade são destacados no ordenamento jurídico nacional se dá, conforme esclarece Fernanda Cantali (2009, p. 61), a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos Estados Democráticos.

Cabe às ciências jurídicas definir quais são os direitos decorrentes da personalidade, que podem ser entendidos como todos aqueles essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana e que garantem o livre desenvolvimento do ser. No entanto, a tarefa de definir qual seria o sentido da expressão "personalidade" empregada na lei não se restringe ao âmbito legal. Há que se ter em vista os diversos sentidos possíveis no contexto.

Uma primeira análise leva a um conceito extraído da área da saúde: personalidade pode ser entendida como o conjunto de atributos psíquicos, físicos e comportamentais inatos, adquiridos ou desenvolvidos por um ente vivo capaz de individualizá-lo pessoal e socialmente e diferenciá-lo dos demais seres da sua espécie. (CANTALI, 2009)

Entretanto, esse recorte do ponto de vista da psicologia é insuficiente para abarcar a amplitude de sentido da expressão. O direito traz para si a personalidade com uma conotação jurídica valorativa-formal para designar certos direitos inatos ao homem em decorrência de sua dignidade e singularidade.

Anderson Schreiber (2014, p. 5), ao se referir aos direitos personalíssimos, salienta que "a expressão foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado. Estaria,

aqui, o autor exaltando o sentido valorativo da expressão designada para direcionar-se à pessoa humana, sem, no entanto, deixar de depender do entendimento dos liames de conotação psicológica. No mesmo sentido, Pietro Perlingiere (2002, p. 157) entende que “a personalidade não é um direito mas um valor fundamental”.

A doutrina é unânime em identificar a proteção da pessoa humana como valor fundante e objeto dos direitos personalíssimos. Jussara Meirelles (2016, p. 98) afirma que “o ser humano não tem uma personalidade, ele é a expressão viva da sua própria personalidade.” No mesmo sentido Silvio Romero Beltrão (2014) afirma que a personalidade está intimamente ligada à pessoa. Anderson Shereiber (2014, p. 23) afirma que os direitos da personalidade aplicam-se exclusivamente à pessoa humana.

Assim, não há como distanciar o conceito de personalidade do seu intrínseco liame com o ser humano, intitulado pela lei como pessoa natural. Desta forma, a personalidade em si não se enquadra como um mero direito subjetivo (CANTALI, 2009, p. 72), já que mesmo quem não tem acesso a direitos mínimos também tem personalidade, mas sim como um bem e um valor, resguardado pelo ordenamento jurídico por meio de diversos direitos, chamados de personalíssimos.

Superado o enfrentamento dos contornos dos direitos personalíssimos, resta verificar sua adequação à teoria geral contratual doutrinariamente construída, para tanto, no tópico seguinte, vestibularmente, se tratará da evolução do conceito de contrato ao longo da história.

3 DA HISTORICIDADE DO DIREITO NEGOCIAL

Do mesmo modo que os direitos personalíssimos decorrem de uma construção jurídica valorativa, assim também se dá com o instituto dos negócios jurídicos, que são resultado de uma evolução axiológica histórica. Parte-se do entendimento de Roberto Senise Lisboa (2010, p. 29) que, ao tratar da relação jurídica negocial, a conceitua como sendo “o vínculo jurídico que compele um sujeito (o devedor) a satisfazer o interesse patrimonial ou extrapatrimonial (incluindo-se, neste último aspecto, o moral) de outro sujeito de direito (o credor).”

Sabe-se que o acordo de vontades, bilateral e voluntário, com finalidade de constituir, de modificar ou de extinguir direitos é chamado de negócio jurídico e se instrumentaliza por meio de um contrato. Os conceitos de obrigação, negócio jurídico e contrato não são estabelecidos na legislação civil e são relegados à tarefa das construções doutrinárias.

Diferentemente da maioria dos outros ramos do direito, de notória transformação, na esfera negocial, por vezes, as referidas construções doutrinárias induzem à ideia de imutabilidade destes institutos. A construção da teoria geral sobre o direito negocial conduz à falsa crença desta imutabilidade. Exemplificativamente, observa-se que, ainda hoje, há autores que entendem o contrato como acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de caráter patrimonial.

Como afirma Paulo Lôbo (2011, p. 32):

Atribui-se ao direito das obrigações (especialmente o contratual) certa estabilidade milenar, porque, mais que os outros ramos juscivilísticos, perpetua os princípios que nos legaram os romanos, que asseguraram a raiz comum do grande sistema jurídico romano-germânico.

No mesmo sentido, observa Pietro Perlingieri (2002, p. 46) que:

Apesar da difundida consciência da historicidade e da conseqüente relativização das categorias jurídicas, a obrigação, ou seja, a relação obrigacional, ainda hoje se apresenta, o mais das vezes, como categoria a-histórica “sempre igual a si mesma”, neutra; construída individuando o mínimo denominador entre as diversas

obrigações e reduzindo as diversidades a perfis descritivos e externos ao conceito, espúrios em relação a ele.

Entretanto, observa-se que na medida em que a sociedade se modifica, tais conceitos também sofrem alteração e a suposta imutabilidade não se faz presente. Conceito construído doutrinariamente, o de relação obrigacional - aliás, como todos os conceitos jurídicos - não é, por isso mesmo, um conceito neutro ou dotado do atributo na imutabilidade. É modelado pela história e, por isso, variante e flexível, uma vez que no direito não existem verdades imutáveis, por não ser uma ciência de certezas matemáticas, mas de adequações normativas.

É certo que o instituto contratual resistiu às transformações sociais, econômicas, políticas e as diversas formas de aplicação do direito até os dias atuais, exatamente por conta dessa flexibilidade e capacidade de adaptação a novos paradigmas. É possível constatar a evolução e a diferente noção do instituto contratual em diversos momentos da história.

A concepção de contrato nos primórdios do direito romano - que apesar de influenciar o direito clássico, dele se diferencia - até a atual concepção pós-moderna de contrato retratam a evolução da teoria contratual.

O direito romano conheceu poucos contratos; só eram validados os acordos que se enquadravam no modelo de concessão do Estado soberano (SALDANHA, 2011). Num primeiro momento, não se concebia o contrato sem a exteriorização da forma (PEREIRA, 2014, p. 8). Existiam as categorias de contratos verbis, no qual o elemento formal se concretizava com palavras sacramentais; re, caracterizado pela formalidade na entrega da coisa; ou litteris, aquele inscrito no Codex.

Mais tarde foram reconhecidos mais quatro contratos - venda, locação, mandato e sociedade - os quais se celebravam pelo acordo das partes, ou seja, solo consensus. Tais contratos eram regidos pelo princípio da obrigatoriedade, que se consubstanciava no brocardo *Pacta Sunt Servanta* para compelir as partes contratantes ao estrito cumprimento do pactuado. (SALDANHA, 2011)

Neste período o contrato vinculava apenas as partes, dado o caráter personalíssimo da obrigação, de modo que o contrato que contivesse estipulação em favor de terceiro era considerado inválido. O não cumprimento do acordo como celebrado sujeitava os próprios corpos das partes inadimplentes. Assim, se o devedor não tivesse meios para solver a dívida podia ser preso, morto, vendido ou até espartilhado em partes tantas, quantos fossem os credores. Tal prática se encerrou com a *Lex Poetelia Papiria*, em 326 a.C que aboliu a sanção pessoal e implanta a patrimonial (LOTUFO, 2003, p.3).

Como Justiniano definiu nas institutas, a obrigação era entendida tão somente como um vínculo jurídico que constringia uma parte a fazer algo em favor de outra, centrado no núcleo duro do conceito, com dois polos opostos que trazia a ideia de sujeição entre as partes. Nos sujeitos da relação obrigacional da época, vislumbrava-se nada mais do que crédito e dívida, que se referia apenas ao aspecto interno do vínculo.

Isso denota a perspectiva estática ou atomística, gerada no direito romano, já que tais direitos das partes estariam soltos no vínculo, sem que se possa verificar uma inter-relação entre eles. O aspecto externo da relação obrigacional, referente à estrutura dos múltiplos deveres, situações e poderes que decorrem do vínculo, não era levado em conta. (NALIN, 2001).

Chega-se ao período clássico do direito contratual, período que se seguiu ao fim da revolução francesa em 1789. É a era das codificações, do positivismo jurídico, da crença que o que está contido na lei reflete o direito e o que não está expressamente inserido na norma legislada não tem valor jurídico. Sob a influência de dois dos lemas defendidos na revolução francesa, assegurava-se a liberdade para contratar, bem como, a igualdade entre os contratantes, ainda que meramente formal. Assim, o Código Civil Francês, promulgado em 1804, “conferia poder absoluto à vontade individual” (HIRONAKA, 2006, p.119), imperando o individualismo jurídico; ideal que ia de encontro ao absolutismo romano.

Na lei francesa a autonomia da vontade podia fazer surgir todos os direitos atribuíveis ao sujeito emissor da vontade. Amparado pelo art.1134, o contrato fazia lei entre as partes, obrigando ao cumprimento do que estava no contrato, independentemente da preocupação em estar ou não ferindo o interesse jurídico da coletividade. (HIRONAKA, 2006)

Como decorrência da liberdade e igualdade proclamadas na Codificação, o contrato era considerado intangível, não se admitindo alteração unilateral. Neste período da história prevalecia, juridicamente, a vontade em detrimento da lei (LISBOA, 2012, p. 90) posto que o Estado Liberal não intervinha nas relações privadas.

O Código Civil Alemão, em 1900 (BASTOS, 2004, p.183) traz a segunda concepção de vínculo obrigacional, ratificando parcialmente os preceitos, já anteriormente, postos pela lei francesa, sob uma perspectiva, também, formalista e abstrata e inova, apenas, ao trazer o conceito de responsabilidade a esta relação.

A escola alemã pandectista exerceu importante papel de propagação do ideal liberal, fundado na autonomia da vontade, “que apontava como sendo o mais justo para os padrões morais do momento.”(NALIN, 2001, p. 70).

O Código Civil brasileiro de 1916, seguindo os moldes das codificações que o influenciaram, praticam uma substituição do direito natural pelo positivo. Mostrava-se tendencialmente preocupado com a questão formal, assim, caracterizava-se pela redução do direito à forma fechada do código que conseqüentemente limitava seu alcance. Este modelo de estrutura jurídica, de tipos legais, prevê a situação, antecipa seu comando e reduz a atividade do juiz à mera subsunção do fato ocorrido à norma.

Paulo Nalin (2001, p. 65) esclarece o significado da adoção desse modelo. Para o autor, o “modelo codificado é designado de fechado, pois nada que seja Direito está fora do sistema do código, e tudo o que integra o sistema é Direito.” Neste mesmo sentido, Judith Martin Costa (1999, p. 23) define este sistema como “sistema de auto-referência absoluta, exclusivo e excludente de tudo o mais que não estivesse em si logicamente contido.”

Fernando Rodrigues Martins (2009, p. 60), alerta para os efeitos da adoção deste sistema:

Neste aspecto, as noções de justiça e de direito confundiram-se com o conceito de lei, que estabeleceu dogmas intransponíveis aos operadores do direito. Assim, é possível dizer que a dogmática impõe o abandona à equidade, tornando o direito uma ciência exata e captaneada por uma lógica formal extrema, exorcizando quase que totalmente as possibilidades de um direito não escrito ou dos usos e costumes.

Neste período, o Estado exercia um papel de mero cumpridor do contrato já que a lei subjugava-se a determinação da vontade que era fundada nela. O contrato era um mero instrumento de satisfação de interesses privados sem observância de finalidade social. “O interesse patrimonial contido no contrato mostrava-se como o cerne fundamentador do vínculo entre as partes” (LISBOA, 2010, p. 67), além de reconhecer a propriedade como valor absoluto. Até aqui havia um direito contratual clássico liberal.

Partindo da presunção de igualdade formal entre as partes, não se investigava como se dava na prática a distribuição de direitos e obrigações dentro das relações obrigacionais, situação que não tardou a revelar a desigualdade real que ela escondia. O modelo de sistema jurídico fechado que, por um lado, aparentava uma ideia de segurança jurídica, proclamada pelo cumprimento estrito do contrato como pactuado, por outro, favoreceu a injustiça e insuficiência da lei para equilibrar materialmente as partes e promover justiça.

Após Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945, o mundo ocidental passa por reformas sociais profundas diante da revolução Industrial, do desenvolvimento tecnológico, da concentração de riquezas em pequenos grupos ou pessoas, da facilidade de circulação de bens e serviços, do desenvolvimento das ciências cibernéticas, do fortalecimento econômico de entidades que formaram monopólios e passam a ditar regras do contrato. Este cenário resultou, de modo contrário

ao idealizado, na ausência da autonomia da vontade da parte contratante hipossuficiente e exaltação da desigualdade entre as partes. Houve a subjugação do mais fraco em relação ao mais forte na relação contratual que passou a ser estandarizada com o advento dos contratos de adesão.

Surgiram críticas aos limites da teoria contratual clássica, fundada neste conceito limitador. De acordo com Borges (2007, p. 25),

essas críticas se acirram ainda mais quando se têm em vista os contratos de adesão: alguns autores chegaram a considerar o contrato como categoria extinta enquanto auto-regulamentação dos próprios interesses, pois se apenas uma parte auto-regula os próprios interesses, enquanto a outra apenas adere a essa regulamentação unilateralmente formulada, nenhum sentido mais haveria em manter o contrato inserido no gênero dos negócios jurídicos.

A mudança social reclamou pela expansão da teoria contratual. Levantaram-se vozes defendendo uma possível crise do instituto contratual. Neste sentido, Orlando Gomes (1993) afirma que não há entre os doutrinadores controvérsia quanto à crise do paradigma contratual, que apontam para a insuficiência da teoria contratual tradicional.

No entanto, há autores, dentre eles Paulo Nalin, Edson Fachin e Paulo Lôbo (2011, p. 22), que esclarecem que “a crise não é do contrato, mas do modelo de contrato, que não mais corresponde às necessidades da sociedade contemporânea.” Neste contexto, Lôbo (2011, p. 26) assevera que:

O contrato é, pois, fenômeno cada vez mais onipresente na vida de cada um. No entanto, não é e nem pode ser categoria abstrata e universalizante, de características inalteradas em face das vicissitudes históricas. Seu significado e seu conteúdo conceptual modificaram-se profundamente, sempre acompanhando as mudanças de valores da humanidade, notadamente da sociedade brasileira.

O sistema fechado dos códigos perdeu força e várias situações sociais possibilitaram a percepção de que este sistema se mostrava insuficiente para abarcar e regular as novidades. Com o advento da Constituição Federal, em 1988, observou-se o abandono da postura patrimonialista do sec. XIX. Admite-se, então, uma teoria geral dos contratos apartada da teoria obrigacional clássica.

O liberalismo jurídico passou a ser mitigado para dar espaço à proteção social. A máxima contratual decorrente do Estado Liberal na qual a cláusula *Pacta Sunt Servanda* era regra absoluta, ou seja, as partes eram obrigadas a cumprir o que estava no contrato, passa a ser relativizada.

Seguindo uma tendência contemporânea, resta, portanto, certa a convicção da relatividade dos conceitos jurídicos - entre eles, o de contrato - já que se moldam na medida em que acompanham as mudanças sociais. Essa plasticidade é característica dos ordenamentos que apresentam um sistema jurídico não unicamente restrito à fonte legal. Ou seja, é característica de um sistema aberto.

É o que se depreende da doutrina de Judith Martins Costa (1999, p. 32):

Estas mutações infletem no conceito de sistema jurídico; transformando-o. Esgota-se definitivamente a concepção fechada, posta pela ciência oitocentista após a codificação, desenhando-se um conceito de sistema relativamente aberto, porque na sua origem não estará, de modo exclusivo e excludente, a fonte legislativa: ao contrário, o sistema (relativamente) aberto opera a partir da diversidade de fontes de produção jurídica, com acentuado peso à fonte judicial e com forte atenção à prática da fixação social de tipos e modelos por via costumeira, negocial e jurisprudencial.

O instituto contratual passa, então, por tentativas de alargamento das antigas margens de incidência e remodelagem do conceito de contrato. Nesse contexto, no Brasil, surge a construção doutrinária pós-moderna defendida por Edson Fachin (2008) e Paulo Nalin (2001), entre outros autores.

Nesta perspectiva, enfatiza-se não haver uma fórmula contratual única capaz de dar vazão a todas as possíveis formas contratuais, já que se caracterizam, hoje, pela hipercomplexidade ante a pluralidade de fontes materiais e formais. Desta forma, sugere-se o entendimento do contrato como sendo a “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.” (NALIN, 2001, p. 255).

Roxana Borges (2007, p. 20), corroborando tal entendimento, afirma que “o conceito contemporâneo de contrato surge do ideal do estado do Bem-estar Social e da ordem civil-constitucional-social-econômica iluminada pelos objetivos fundamentais expressos no art.3º da Constituição Federal.” Expõe a autora a mudança paradigmática por que passa o contrato, ao afirmar que “da explicação de contrato como acordo de vontades representantes de interesses opostos, passa-se a noção de contrato como vínculo de cooperação.” (BORGES, 2007, p. 27).

A mudança conceitual se deu porque a noção de contrato está, agora, amparada em valores constitucionais expressos na nova hermenêutica principiológica. Sobre o tema, Paulo Nalin (2001, p. 6) informa que:

O propósito da propaganda abertura do sistema é o de se fazer reconhecer a historicidade do Direito e a modificabilidade dos seus valores fundamentais, comprometidos eles (valores), e por sua vez também os princípios, com o tempo em que a situação concreta é posta à luz do ordenamento.

A nova concepção do direito contratual se deve a abertura do sistema aos princípios morais e éticos bem como a releitura que se faz do conceito e alcance deles, que, neste momento histórico e jurídico, também, é diverso de outros tempos. As determinações principiológicas constitucionais observam um acréscimo de importância e abrangência de seu conteúdo e entrelaçam-se, intimamente, com os limites de exercício da autonomia da pessoa nas relações contratuais quando tem por objeto um bem personalíssimo, como se observará a seguir.

4 DA AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como já observado, a expressão da vontade mostra-se como algo determinante no contrato, já que define seu elemento principal de validade. Giselda Fernandes Novaes Hironaka (2007, p. 45) esclarece que “o negócio jurídico constitui verdadeiro instrumento da liberdade humana, tendo sua raiz na vontade.”

É a autonomia das pessoas que fundamenta e reconhece o direito subjetivo de contratar para realizar um interesse próprio. Entretanto, comumente a doutrina afirma que o núcleo da autonomia privada abrange apenas situações patrimoniais (PRATA, 1982, p.13). Desta forma os direitos da personalidade não estariam abarcados na esfera das negociações.

No período em que imperava o liberalismo, a autonomia era sem limites, vislumbrava-se apenas a vontade da parte, desconsiderando limitações de ordem pública como fatores políticos, econômicos ou sociais, relacionados com a expressão da vontade particular. É certo que a amplitude do princípio da autonomia, hoje, não é o mesmo de outrora.

Atualmente, o direito subjetivo, fundado no referido princípio, em atenção ao movimento de constitucionalização, não pode mais ser expresso de forma arbitrária e absoluta, já que teve seu sentido sensivelmente reduzido.

Neste sentido é a lição de Roberto Senise Lisboa (1997, p. 80) ao estabelecer que “a autonomia da vontade, outrora núcleo absoluto e ilimitado da negociação jurídica, graças ao individualismo, cedeu lugar, então, ao princípio da proteção do hipossuficiente. Contudo não desapareceu do cenário do direito.”

Continua no ordenamento vigente a autonomia a reger os contratos, entretanto sua roupagem se transmutou. Fala-se, então, no declínio da autonomia da vontade para a autonomia privada. A mutação do contrato privado apresentou-se como fator decisivo para o declínio da autonomia da vontade. A visão ampliada do contrato, nos moldes da teoria pós-moderna, é “uma marca da autonomia privada, princípio que superou a ideia liberal de autonomia da vontade.”(NORONHA,1994. p. 113). Como afirma Fernando Noronha (1994, p. 113):

Foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência a mais antiga autonomia da vontade.

A concepção de autonomia privada projeta o princípio da dignidade da pessoa humana para dentro do direito civil, concretizando a carga axiológica implantada no texto constitucional por meio do poder que é conferido às partes contratantes para exercer a sua vontade, sem, no entanto, deixar de empregar limitações de ordem pública.

Giselda Hironaka (2007, p. 48) fundamenta o raciocínio, da seguinte forma:

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

Francisco Amaral (2003, p. 348), em síntese esclarecedora, estabelece que “a expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.” Segundo identifica Eros Roberto Grau (2001, p. 78):

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.

Acrescenta-se, ainda, o entendimento de Edson Rodrigues e Janice Borges (2010, p. 189) que entendem que nos negócios jurídicos e nas situações subjetivas não patrimoniais (direitos da personalidade ou pessoais), caberia a aplicação da autonomia privada, pois nas situações não patrimoniais as partes também têm a possibilidade de criar regras próprias em função de seus interesses, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico. Como consequência, no mundo contemporâneo, a adesão à autonomia privada na esfera contratual, amplia sua seara, tornado possível que o contrato ingresse em outros ramos do direito. Nesse sentido, em síntese esclarecedora, Rose Melo Venceslau Meireles (2016, p. 110) afirma que:

Se o vértice do ordenamento jurídico se encontra na cláusula geral de proteção e promoção da dignidade humana, consignada no art. 1º, II, da Constituição da república, significa que a pessoa humana alça lugar central também na disciplina civilística. Sob tal perspectiva, resumir o âmbito de atuação da autonomia privada aos interesses patrimoniais demonstraria grave incoerência sistemática.

Em que pese, portanto, o direito na sua feição clássica limitar o objeto da relação obrigacional contratual aos bens patrimoniais ou econômicos, o passar do tempo, entretanto, demandou uma transformação desses conceitos pela força com que os fatos acabaram se impondo, mesmo que essas relações não tenham tido, até os dias atuais, regulação (NALIN, 2001)

Hoje, a visão pós-moderna admite a contratualização de situações subjetivas existenciais, e não apenas das aferíveis patrimonialmente. Pietro Perlingieri (2002, p. 211), considerando a nova dogmática contratual constitucionalizada, admite a possibilidade de relações obrigacionais que tenham como objeto interesses não patrimoniais; assim, esclarece:

A diversificação dos interesses deduzidos na relação obrigacional, com a evidenciação também daquelas não-patrimoniais destinadas a caracterizar a concreta ordem, postula, por um lado, a reconstrução do crédito e do débito como situações subjetivas complexas nos conteúdos – identificados variadamente em poderes, obrigações, faculdades, ônus -, e por outro, a apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e aos princípios fundamentais e, portanto, orientada a atuar-se em função constitucional.

Roberto Senize (2010, p. 32) corrobora o mesmo entendimento, ao afirmar que o objeto mediato de uma relação contratual não se limita, como anteriormente se propugnava, à sua economicidade e ao fato de ser corpóreo. Para o autor, tanto os bens materiais como os imateriais podem, então, ser considerados como objeto de um contrato. E o mesmo se pode afirmar acerca dos direitos de conteúdo econômico e daqueles que são classicamente denominados direitos extrapatrimoniais.

De acordo com José Abreu Filho (1995, p. 93) é possível que os negócios jurídicos sejam classificados em negócios patrimoniais e extrapatrimoniais, nesse sentido esclarece o autor que os primeiros são aqueles que projetam-se no mundo mercê da produtividade de efeitos de natureza econômica, e os segundos são de essência diametralmente oposta, sem nenhum reflexo econômico e são insuscetíveis de avaliação de ordem pecuniária.

Desta forma, pela visão clássica o contrato não poderia ter como conteúdo os direitos da personalidade; enquanto que à luz da teoria contratual pós-moderna torna-se possível ter um direito da personalidade como objeto da relação contratual. Haja vista que o entendimento do conceito de contrato não se limita mais a abranger relações patrimoniais que versam unicamente sobre vínculos entre credores e devedores em polos opostos. A noção contemporânea de contrato refere-se a um conjunto complexo de obrigações que são recíproca e simultaneamente assumidas pelas duas partes que se comprometem, com base em princípios éticos encartados na lei civil, como a solidariedade e a boa-fé, a unirem esforços para concretizar direitos manifestados formalmente no pacto e que tenham como objetivo derradeiro a concretização de direitos personalíssimos e da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A constante evolução e inovação dos acordos celebrados pela sociedade impõem uma frequente atualização legal que abarque todas as novas possíveis situações jurídicas relevantes ao Direito.

No tocante aos negócios jurídicos, os fatos sociais denotam a utilização do contrato como instrumento de regulação da vontade das partes contratantes, inclusive quando a negociação versa sobre questões existenciais complexas como por exemplo aquelas que envolvem assuntos constitutivos da própria personalidade das pessoas envolvidas na relação contratual. A problemática se sustenta diante da negativa de grande parte da doutrina nacional quanto a possibilidade de celebrar um negócio jurídico que tenha como objeto um direito personalíssimo,

tidos em regra, como direitos indisponíveis e portanto inegociáveis. Investigou-se, portanto, nesse artigo, se é possível que direitos personalíssimos sejam objeto de relações contratuais válidas.

Para tanto, iniciou-se a investigação observando que os negócios jurídicos são evidenciados pelo elemento volitivo humano que tem nítido cunho de satisfação dos interesses privados das partes envolvidas. Entretanto, na teoria contratual clássica, existem algumas limitações a esse elemento volitivo. Entre elas pode-se citar a aparente necessidade de o negócio jurídico ter como objeto apenas bens patrimoniais, situação que excluiriam os direitos da personalidade deste âmbito.

Entretanto, restou certo que do mesmo modo que os direitos personalíssimos decorrem de uma construção jurídica valorativa, assim também se dá com o instituto dos negócios jurídicos que são resultado de uma evolução axiológica histórica, posto que na medida em que a sociedade se modifica, as construções positivadas juridicamente também sofrem alteração.

Desta forma, o conceito e amplitude construídos doutrinariamente sobre o contrato e sobre o alcance dos direitos da personalidade é variante e, por vezes, flexível, uma vez que no direito não existem verdades imutáveis. Percebe-se uma nova concepção do direito contratual devido a abertura do sistema às determinações principiológicas constitucionais. Do mesmo modo, verifica-se o declínio do princípio da autonomia da vontade para dar espaço à autonomia privada, que concretiza a carga axiológica implantada no texto constitucional por meio do poder que é conferido às partes contratantes para exercer a sua vontade, sem, no entanto, deixar de empregar limitações de ordem pública.

Diante desta transmutação do princípio da autonomia privada tornou-se possível dizer que direitos personalíssimos podem versar como objeto de um contrato, haja vista que ela amplia o poder reconhecido pelo ordenamento jurídico para a autorregulamentação de interesses existenciais da pessoa, na medida em que se apresenta como instrumento de promoção do desenvolvimento da própria personalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, José. O negócio jurídico e sua teoria geral. Sao Paulo: Saraiva, 1995.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

BASHO NETO, K. Da inexistência da “escada ponteana”: uma introdução aos planos da existência, da validade e da eficácia em Pontes de Miranda. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, [S. l.], v. 31, n. 2, p. 23–34, 2019. Disponível em: <https://rtrf1.emnuvens.com.br/rtrf1/article/view/104>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BASTOS, Ricardo da Silva. Fundamento filosófico da função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BERGSON, Henri. As duas fontes da moral e da religião. São Paulo: Almedina. 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. São Paulo, Saraiva, 2015.

BORGES. Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE. Flavio. Direito contratual: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 20.

- CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Teoria geral do Estado e ciência política. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.
- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. In: FILHO, José Carlos Moreira da Silva; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. (coord). Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves. Curso de Direito Civil. 12 ed. Salvador: Juspodium, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan/mar 2001.
- GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- HERKENHOFF, HENRIQUE GEAQUINTO. Os direitos da personalidade da pessoa jurídica de direito público. Tese de doutorado. Faculdade de direito da universidade de São Paulo. 2010.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: _____.(org.) Direito contratual: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa Civil Brasileira. In: BAROSO, Lucas Abreu. (org.). Introdução crítica ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- LÔBO, Paulo. Direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOTUFO, Renan. Código civil comentado: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
- MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In Luiz Edson Fachin. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. Negócios biojurídicos. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado. Negócios jurídicos e liberdades individuais: autonomia privada e situações existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1979. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8833>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

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

RUGGIERO, Roberto. Instituições de direito civil. Campinas: Bookseller, 1999.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro História e teoria das fontes do direito romano. Belo Horizonte, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 3 ed. Sao Paulo: Atlas, 2014.

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

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. Revista Direitos Culturais. N. 33, v. 14. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2977> Acesso em: 7 fev. 2020.