

DOAÇÃO NEUTRA: Uma releitura do instituto privatístico sob a perspectiva da autonomia existencial

NEUTRAL DONATION: A review of the privatistic institute from the perspective of existential autonomy

Alexandra Clara Ferreira Faria*

Resumo

O artigo pretende refletir sobre a utilização do instituto privatístico da Doação na esfera de direitos existenciais, analisando a autonomia privada sob a perspectiva da autonomia existencial. Logo, serão abordadas as características patrimonialistas desse instituto e a sua releitura para utilização quanto à titularidade do material biológico humano em biobancos brasileiros. Neste contexto, serão abordadas questões relativas à autonomia existencial quanto ao exercício do direito ao corpo, da liberalidade do consentimento e a sua disposição mediante um negócio jurídico existencial, culminando, assim, numa concepção da doação neutra que disciplinará os requisitos do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Palavras-chave: Doação neutra. Autonomia Existencial. Negócio jurídico existencial.

Abstract

The article aims to reflect the use of the privatistic institute of donation in the sphere of existential rights, analyzing private autonomy under the perspective of existential autonomy. Soon, the patrimonialist characteristics of this institute and its rereading for use regarding the ownership of human biological material in Brazilian biobanks will be addressed. In this context, issues related to existential autonomy regarding the exercise of the right to the body, the liberality of consent and its disposition through an existential legal business will be addressed, thus culminating in a conception of neutral donation that will discipline the requirements of the Free and Informed Consent Form.

Keywords: Neutral Donation; Consent Form; Existential Autonomy; Existential Legal Business.

Artigo submetido em 08 de maio de 2020 e aprovado em 24 de julho de 2020.

* Doutora e Mestre em Direito. Professora Adjunta IV da Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas. Professora da Pós-Graduação Lato-Sensu do Instituto de Educação Continuada- IEC e da PUC/Virtual. Advogada. Email: alexandraclara.bharquivo@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O Direito Privado possui institutos, como, por exemplo, a Doação que revelam o traço patrimonialista existente advindo de uma herança romana, focado na propriedade e na sua preservação. Esse traço marcou nossa legislação civilista desde o Código Civil de 1916, estando presente também no Código Civil vigente.

No mesmo sentido, ocorreu com a Autonomia, visto que esta no Estado Liberal se constituiu como Autonomia da Vontade, que também possui o traço patrimonialista.

Entretanto, num Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem-se como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, contemplando a esfera existencial e consagrando os Direitos da Personalidade, de modo a garantir o exercício da Autonomia Privada e o livre exercício de autodeterminação, logo, constituindo a Autonomia Existencial.

A relevância dessa empreitada consiste em demonstrar se há viabilidade na utilização de institutos de Direito Privado na esfera existencial, através de uma releitura de institutos já existentes.

Neste contexto, emerge a problemática de reflexão, qual seja, quais seriam os termos e requisitos para releitura do instituto da Doação na esfera existencial. Os avanços tecnológicos da Biotecnologia impulsionam os estudos da Genética, tornando relevante para o desenvolvimento do conhecimento médico a pesquisa clínica e o uso de material biológico humano. Para que tais pesquisas clínicas com seres humanos ou seus materiais biológicos se realizem é alternativa viável a instituição de biobancos, que no Brasil consistem em bancos de armazenamento de amostras biológicas humanas, destinados à pesquisa clínica ou que são, simplesmente, biorrepositório.

A problemática surge em relação ao trato jurídico a ser aplicado aos participantes da pesquisa clínica quanto à utilização do seu material biológico humano e do ordenamento jurídico brasileiro.

A análise do direito sobre a permissão de titulares de material biológico humano, em biobancos destinados a pesquisa clínica, centra-se nas pessoas com capacidade de consentir, mediante adesão ao protocolo investigativo, bem como com a anuência na coleta e armazenamento de frações ou amostras de seu próprio corpo. Essa adesão é realizada por meio de negócio jurídico bilateral, de cunho existencial, mas que versa sobre espécimes genéticas autônomas ao corpo.

Mais uma vez, tem-se a relevância da utilização de institutos de Direito Privado, sendo o negócio jurídico existencial já aceito, mas, quanto à Doação torna-se necessário a releitura desse instituto, através da Doação Neutra que se destinaria às questões de esfera existencial.

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) consiste na determinação de manifestação de destinação e uso de material biológico humano do participante da pesquisa clínica, compreendendo, assim, num negócio jurídico existencial.

É evidente que o avanço em pesquisas clínicas envolvendo seres humanos depende, para a sua regularidade, do regime jurídico aplicável. Desse modo, cabe indagar em que medida a autonomia existencial interfere no negócio jurídico em análise, especialmente para saber se o negócio jurídico ao qual consente o titular da amostra admite o regime jurídico da Doação.

Esses questionamentos devem ser analisados, justificando-se a necessidade do presente estudo, tendo em vista o conflito de direitos, qual sejam, os direitos da personalidade do participante da pesquisa em razão do material biológico humano.

A hipótese é da releitura do instituto privatístico da Doação através da Doação Neutra, de esfera existencial, através do exercício de autonomia existencial, questionando-se poder ser aplicado para o armazenamento de material biológico humano, que consiste em amostras coletadas e mantidas em biobancos, os quais são bens móveis admissíveis como objetos de contrato de doação neutra. Entretanto, sendo genético o material, ecoam, para as hipóteses específicas tendo em vista as prerrogativas inerentes aos direitos da personalidade.

Para o teste da hipótese, as vertentes teórico-metodológicas e jurídico-descritivas e sistemáticas são privilegiadas, sendo o método utilizado para a elaboração do artigo a abordagem do referido tema no sentido crítico dialético. Para isso, recorre-se ao método histórico-comparativo, em razão do estudo dos precedentes históricos da Doação, da autonomia, do negócio jurídico e do corpo humano.

O trajeto percorrido perpassa o tratamento do direito ao próprio corpo, no contexto dos direitos da personalidade, em razão de ser essa a prerrogativa para a compreensão das características incomuns à Doação, que poderão ser verificadas no negócio jurídico que envolve material biológico humano em biobancos, eis que consistem em material genético e, portanto, em fração da identidade do titular.

A edificação de noções próprias da teoria do negócio jurídico é panorama necessário à posterior categorização e abordagem do consentimento e de sua natureza jurídica.

Por fim, os parâmetros interpretativos da legislação apresentada são levantados, em consideração ao Direito Objetivo, assim como às diretrizes bioéticas para estruturação da concepção da doação neutra.

Neste sentido, o estudo do instituto da doação neutra é imprescindível para o desenvolvimento das pesquisas clínicas em biobancos, tendo em vista os seus efeitos sobre o mundo jurídico, sendo prudente analisar seu conceito, suas modalidades, objetos, formas, revogabilidade, propondo, assim, uma releitura do instituto de direito privado, (re)construindo juridicamente um paradigma de doação de material biológico humano.

Assim, pretende-se demonstrar a hipótese testada e seus efeitos, constitui-se na contribuição do artigo, propondo juridicamente que há possibilidade de releitura do instituto de natureza patrimonialista para os casos existenciais.

A conclusão é a aplicação do instituto da doação neutra para o patrimônio genético, permitindo-se uma releitura pautada na dignidade humana, na autonomia existencial.

2 O INSTITUTO PRIVATISTICO DA DOAÇÃO E A DOAÇÃO NEUTRA

A legislação civilista brasileira influenciada pelo Direito Romano sempre foi estruturada sob a égide de um Estado Liberal, no qual a proteção ao patrimônio era uma constante em razão da autonomia da vontade. É importante ressaltar que a liberdade era a base do Estado Liberal em virtude do desenvolvimento do sistema capitalista, logo, a “(...) autonomia da vontade, por conseguinte, passa a exercer uma importante função no modelo jurídico ocidental moderno, destacadamente nos séculos XVIII e XIX.” (RODRIGUES JÚNIOR, p.117).

Com o advento do Estado Democrático de Direito, através da Constituição Federal de 1988, o Brasil passa a regular a liberdade sob o aspecto da função social e da boa-fé, os quais são institutos de direito patrimonial, tais como as relações contratuais e a propriedade.

Assim, percebe-se claramente o caráter patrimonialista da lesão, razão pela qual a alteração de concepção se faz necessária. Portanto, há um parâmetro normativo ditado pela Constituição Federal de 1988 que possibilita a releitura dos institutos privatísticos, pois demonstra que as relações jurídicas existenciais devem ser solucionadas sob o prisma da dignidade e liberdade, que, por sua vez, consistem no exercício da autonomia privada.

Logo, a autonomia privada deve ser entendida como exercício de propriedade. “[...] Na conceituação de autonomia privada reúnem-se os dois institutos centrais do Direito

Privado: a *propriedade* e o *contrato* ou o *negócio jurídico* que, sendo mais amplo, as abrange” (GOMES, 2008, p. 239).

O instituto privatístico da doação possui uma concepção patrimonializada, ou seja, o patrimônio físico, sendo dotado de valor econômico a ser transferido para um terceiro a título gratuito.

Entretanto, “(...) nosso ordenamento jurídico somente reconhece como objeto viável para fins de doação aquele que possua expressão econômica, patrimonial, sendo esse também o entendimento da doutrina” (FARIA; SILVA, 2013, p. 180).

A doação consiste no ato em que “(...) o doador transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o donatário, sem a presença de qualquer remuneração. Trata-se de ato de mera liberalidade, sendo um contrato benévolo, unilateral e gratuito” (TARTUCE, 2014, p. 698).

O instituto da Doação é tratado, no sistema jurídico brasileiro,¹ nos artigos 538² e seguintes do Código Civil, como um contrato de transferência de propriedade, havendo duas correntes doutrinárias a respeito de sua natureza jurídica.

A corrente minoritária entende a Doação como um meio de aquisição da propriedade. Logo, essa concepção foi herdada do direito romano, ou seja, das Instituições de Justiniano e do Código de Napoleão.

Para a corrente majoritária, o instituto da doação é um contrato. Essa concepção foi adotada pelo Código Civil vigente. A doação “(...) é realmente contrato, pois que se forma por acordo de vontades, mas é um contrato unilateral” (FIÚZA, 2014, p. 649).

Neste contexto, a releitura do instituto da Doação se torna viável pelo próprio texto constitucional, que embora possua características patrimonialistas, confere direitos fundamentais, consagrando a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

O Estado Democrático de Direito deve garantir o exercício dos direitos da personalidade da pessoa humana, por ser esta o fundamento do reconhecimento da existência de situações jurídicas. Logo, deve ser protegida e promovida, sendo que, sob essa ótica, o patrimônio tornou-se relevante sob o aspecto existencial (TEIXEIRA, 2010).

Diante disso, a proposta de revisitação da Doação torna-se necessária a concepção de patrimônio, esse entendido como o tendo em vista o patrimônio genético. O patrimônio segundo a doutrina civilista patrimonialista possui valor pecuniário, tendo em vista se tratar

¹ A Lei nº 10.406/2002 instituiu o Código Civil de 2002.

² Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

de direitos reais e obrigacionais

Patrimônio, pois, é expressão de largo espectro, englobando tanto os direitos reais, quanto os direitos pessoais (obrigacionais). Refere-se sempre aos bens apreciáveis economicamente, motivo pelo qual não estão compreendidos no patrimônio os direitos de família puros e os direitos da personalidade, ditos extrapatrimoniais. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 481).

Entretanto, existe um o patrimônio de esfera existencial, pois compreende numa concepção da extrapatrimonialidade, pautada na dignidade humana. Logo, haveria a concepção de um patrimônio atrelado à personalidade do seu titular, visto que

(...) premente necessidade de uma nova compreensão da matéria, vislumbrando o patrimônio em perspectiva humanista, afirmando a sua funcionalização à promoção da dignidade do homem. Assim, emerge uma ampliação da ideia de patrimônio para abarcar, não apenas as relações patrimoniais da pessoa, mas, por igual, diferentes outros valores.

Em outras palavras, a tutela jurídica emprestada ao patrimônio não tem outra justificativa, senão a proteção da própria pessoa humana titulariza aquelas relações jurídicas. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 484).

A Constituição Federal 1988 emerge a teoria do patrimônio mínimo do civilista Luiz Edson Fachin (2006). O intuito da teoria consiste na proteção de um patrimônio mínimo no plano existencial, cuja finalidade é garantir as necessidades fundamentais de uma pessoa humana. O fundamento dessa teoria consiste na dignidade da pessoa humana.

A teoria do patrimônio mínimo compreende numa garantia patrimonial a cada pessoa humana. Diante disso, constata-se que a concepção de patrimônio mínimo irá variar de acordo com as aspirações de cada pessoa humana. Trata-se, pois, de uma garantia indispensável para que cada pessoa humana possua uma vida digna.

Neste sentido, constata-se uma reconstrução de paradigmas, numa perspectiva de uma interpretação crítica e construtiva da codificação civil.

Através da teoria do reconhecimento do direito a um patrimônio mínimo, institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados, rejuvenescidos e utilizados na proteção da pessoa humana, como um aspecto essencial para o reconhecimento de sua dignidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 485).

A doutrina clássica não faz nenhuma menção à extrapatrimonialidade. Logo, demonstra, somente, o exercício de autonomia de seu titular de bens dotados de valor econômico. Assim a “[...] tradicional patrimonialidade relacionada à autonomia implica nessa possibilidade de disposição de bens por cessão ou transferência da propriedade e num desdobramento tão complexo quanto, na cessão ou transferência da posse” (POMPEU, 2012, p. 66).

O titular do patrimônio terá garantido o exercício de sua autonomia. Por conseguinte, revela-se um outro requisito da concepção da autonomia como propriedade. Essa consiste na negociabilidade, isto é, o titular possui ampla liberdade de negociar seus bens através de relações contratuais.

O exercício dessa autonomia denomina-se autonomia existencial que é

“(…) espécie do gênero autonomia privada e se configura como instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, incidindo nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial, cujo referencial objetivo é o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade.”(CASTRO, 2017, p. 101)

Mas, com os avanços tecnológicos da biotecnologia e da teoria do patrimônio mínimo, desponta, no cenário atual, uma nova concepção da patrimonialização. Essa será desprovida de valor econômico, mas, sim, existencial, sendo tratado, como patrimônio genético,

(...) o conjunto de elementos que formam o ácido desoxirribonucleico (DNA), que, por sua vez, detém toda informação genética e caracteriza um organismo, que se manifesta através dos fenótipos, manifestações externas de um indivíduo e dos genótipos. O DNA, que pode ser extraído de uma pequena amostra de sangue, fica no núcleo de cada uma das trilhões de células humanas. (SÉGUIN, 2001, p. 60).

Nos dias atuais, o corpo é entendido como patrimônio de caráter existencial. Assim, confere à extrapatrimonialidade, por consistir no patrimônio genético, bem como no conjunto de partes separadas do corpo. Logo, deverá ser observado o respeito à sua integridade, que consiste na proteção estatal de sua preservação, uma vez que “(...) o direito ao corpo diz respeito à proteção destinada à vida humana e à integridade física, englobando o corpo vivo, bem assim como o cadáver (direito ao corpo morto)” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 180).

Dessa forma, o direito ao corpo apoia-se em um exercício de dignidade, visto que “(...) a dignidade humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa (...)” (SARLET, 2006, p. 88).

Por isso, é necessário construir um plano de justificação da releitura da doação para dispor a seu respeito sem caráter patrimonial, visto “(...) a doação [envolver] o núcleo do direito à intimidade, atingindo, a rigor, a própria esfera da exclusividade” (MARTINS-COSTA; FERNANDES, 2012, p. 242), através da demonstração do instituto e sua aplicabilidade na esfera existencial.

Assim, essa medida se justifica em razão da preservação da dignidade no livre

desenvolvimento de sua personalidade, através da autodeterminação e da disposição do próprio corpo pela pessoa humana, tendo em vista o exercício de autonomia privada de forma autônoma e responsável.

Enfim, relacionado a garantia de um mínimo patrimonial à dignidade da pessoa humana, percebe-se o objetivo almejado pela Constituição da República no sentido de garantir a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, funcionalizando o patrimônio como um verdadeiro instrumento de cidadania e justificando a separação de uma parcela essencial, básica, do patrimônio para atender às necessidades elementares da pessoa humana.

É o chamado mínimo existencial, revelando um dos aspectos concretos, práticos da afirmação da dignidade da pessoa humana. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 485).

O patrimônio genético consiste, assim, no mínimo patrimonial de cada pessoa humana, por compreender o corpo como um bem a ser tutelado pelo Estado. Logo, consta-se a necessidade de releitura do instituto da doação.

A conceituação do instituto da Doação neutra pode ser aplicada ao patrimônio genético da pessoa humana. Logo, a disposição de material biológico humano para biobancos destinados à pesquisa clínica ou armazenamento configura um ato de doação. Esse deverá ser entendido como um ato de liberalidade, sem caráter econômico, sem que haja transferência da propriedade da amostra biológica humana para os biobancos. Emerge, assim, um novo instituto de Direito Privado, qual seja, a Doação neutra. Entretanto, os efeitos dessa Doação neutra geram a responsabilidade e a falta de destinação da amostra biológica humana para o fim específico com o qual foi doado, por se tratar de direitos da personalidade.

Contudo, hoje, não somente é possível a doação de órgãos e tecidos em vida, como é real a possibilidade de doação de material genético, células e outras partes do corpo para diversos fins, também em vida. O caso Henrietta Lacks, imortalizado pela reprodução e estudo de suas células infinitamente multiplicadas em laboratórios já não é único nem novidade, mas é inovação para o direito a necessidade de regulamentação da doação do material genético e das consequências advindas dessa doação. (FARIA; SILVA, 2013, p. 181).

Nessa acepção, deverá ser entendido como um ato de liberalidade, sem caráter econômico, sem que haja transferência da propriedade da amostra biológica humana para os biobancos. Trata-se de um novo instituto de Direito Privado que emerge, qual seja, a doação neutra.

Assim, a Doação neutra consiste no ato de liberalidade, visto que nenhuma pessoa humana deverá ser obrigada a dispor de seu material biológico humano para pesquisa clínica. Além disso, não deve auferir o recebimento de qualquer quantia em dinheiro, demonstrando, assim, não ser onerosa a Doação, pois

O ato de doar material biológico humano para a realização da pesquisa e autorizar o seu armazenamento em URBs ou biobancos de instituições públicas ou privadas sem fins comerciais está imbuído de um sentimento de solidariedade humana e tem como fim o benefício comum. Caberia, assim, tratá-lo com as regras atinentes ao contrato de doação, [...] (MARTINS-COSTA; FERNANDES, 2012, p. 229).

A falta de onerosidade e a ausência de benefício econômico da disposição de material biológico humano compreende um dos princípios da Bioética, respeitados pela Biotecnologia.

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) consistirá no instrumento de efetivação da doação neutra, pois compreenderá num contrato, tendo em vista a manifestação de vontade das partes, quais sejam dos titulares do material biológico humano em doá-lo e dos biobancos em receber esse material, não havendo, assim, circulação de riquezas, tendo em vista o caráter extrapatrimonial.

Desta feita, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) deve ser visto como um negócio jurídico existencial, pois configurado no contrato de doação de material biológico humano.

O material biológico humano consiste em partes fragmentadas do corpo. Assim, segundo a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, a amostra biológica humana³ consiste em amostra de material biológico dotado de informações genéticas de seu titular. Assim, demonstra se tratar de um patrimônio genético. Esse por sua vez, consistirá no patrimônio mínimo da pessoa humana e de especial proteção do Estado, que, ante a falta de

normatização específica, pode-se utilizar do instituto da doação, com a concepção de doação neutra, pois

A atividade de biobancos envolve diretamente os interesses dos sujeitos da pesquisa, atingindo, também — ainda que por via reflexa —, o interesse público (ou interesse da sociedade em geral). Por essa razão, as políticas adotadas têm sido objeto de particular discussão, notadamente em que seus aspectos sociais, jurídicos e éticos, seja por parte de pesquisadores, seja institucionalmente, por organizações internacionais. (MARTINS-COSTA; FERNANDES, 2012, p. 239).

Diante disso, para o reconhecimento da doação neutra é indispensável o consentimento, que deverá observar o direito de informação e a boa-fé. Esse ocorrerá através do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Nessa esteira, na releitura do instituto da Doação, com a instituição da Doação neutra,

³ Amostra biológica: qualquer amostra de material biológico (por exemplo, células do sangue, da pele e dos ossos ou plasma sanguíneo) em que estejam presentes ácidos nucleicos e que contenha a constituição genética característica de um indivíduo (art. 2º, IV).

de natureza extrapatrimonial, deverão ser revestidas as características de contrato neutro, pois se trata de contrato exclusivo, não sendo fruto ou fusão de nenhum outro, bem como não haverá uma contraprestação conferida por vantagem.

Desta forma, consistirá num negócio jurídico existencial. Esse efetivará a constituição de um novo instituto, qual seja, a doação neutra. A Doação neutra tem caráter extrapatrimonial e existencial.

Entretanto, a Doação neutra deve possuir características de contratos formais e solenes, sendo imprescindível a celebração do Termo de Compromisso Livre e Esclarecido (TCLE). Logo, confere-se ao titular do material biológico humano o exercício de liberdade de participar ou não da pesquisa clínica em biobancos.

A Doação neutra deve possuir encargo de caráter comutativo, ou seja, o doador deve estabelecer condições para o donatário, que deverá, de forma expressa, manifestar sua aquiescência. Logo, o doador será o titular do material biológico humano, e o donatário será o pesquisador ou os biobancos. O encargo a ser imposto ao donatário consiste na responsabilidade no desenvolvimento da pesquisa clínica, sob pena de revogar a doação.

Neste sentido, constata-se que na Doação neutra não há transferência de patrimônio. Logo, não haverá acréscimo ao patrimônio do biobanco, muito menos uma redução no patrimônio do titular do material biológico humano.

A modalidade jurídica da Doação neutra deverá conter as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade e de reversão.

Assim, para a concretização da realização da Doação neutra, deverão ser gravadas as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade e a de reversão, com as releituras apontadas por se tratar de caráter extrapatrimonial e existencial.

Em suma, verifica-se a possibilidade de doação neutra de material biológico humano, consistindo em uma criação do instituto à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. Neste sentido, consagra-se o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Atualmente, a dignidade humana consiste no exercício da autonomia existencial.

O instrumento jurídico capaz de efetivar a Doação neutra é o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Esse será um negócio jurídico existencial pressupondo agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

(...) o negócio jurídico é o instrumento próprio da circulação dos direitos, isto é, da modificação intencional das relações jurídicas.

A função mais características do negócio jurídico é, porém, servir de meio de atuação das pessoas na esfera de sua autonomia. É através dos negócios jurídicos que os particulares auto-regulam seus interesses, estatuiendo as regras a que voluntariamente quiseram subordinar o próprio comportamento. (GOMES, 2008, p. 240).

O agente capaz no negócio jurídico existencial é ditado pelo titular do material biológico humano. Esse por sua vez possui o direito de dispor do próprio corpo, como direito de propriedade. Neste sentido, o fundamento encontra-se na vontade livre de autogoverno, buscando a construção de sua identidade, através do racionalismo moral.

Logo, todos os termos devem constar do instrumento de formalização do negócio jurídico existencial, qual seja o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Desta forma, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) possui natureza contratual. Entretanto, não é dotado de valor econômico, mas, sim, de caráter extrapatrimonial, por se tratar de liberdade de escolha de participação em pesquisa clínica desenvolvida por biobancos.

Diante disso, tem-se que o reconhecimento do negócio jurídico existencial de doação neutra de material biológico humano. Esse se dará com o respeito da liberalidade do titular da amostra, bem como seu consentimento. Neste sentido, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) compreende um ato de disposição do corpo como direito da propriedade, sendo bem jurídico tutelável pelo Estado Democrático de Direito.

3 AUTONOMIA EXISTENCIAL E O DIREITO AO CORPO

A concepção do corpo humano ao longo da história demonstra exatamente a evolução do pensamento humano. A percepção desse corpo ocorre em razão dos aspectos culturais, religiosos, econômicos e políticos. Entretanto, no existencialismo contemporâneo, a reflexão encontra-se pautada no dualismo “liberdade e necessidade”, “autonomia e dependência”, o eu e o mundo (JONAS, 2004). Logo, sua conceituação perpassa a reflexão da percepção humana e comportamental.

O corpo irá acompanhar os desdobramentos da história, através de variáveis de cultura, momentos do tempo. O caráter religioso é muito presente, uma vez que estabelece um rol de posturas em razão do uso do corpo. Esse uso do corpo aparece como algo sacralizado. Para os cristãos modernos, o corpo é a expressão da mais alta dignidade. A concepção dessa dignidade funda-se no grande mistério cristão da anunciação e encarnação de Deus.

Nesse sentido, para o filósofo Pico Della Mirandola, o homem consiste na criação

divina, dotado de capacidade de aprendizado de si e da natureza. A liberdade consiste uma capacidade de escolha em um universo de possibilidades (PICO DELLA MIRANDOLA, 2008).

O culto do corpo sacralizado pode ser considerado como referência para o desenvolvimento da própria ciência. Neste sentido, emerge a preocupação com a preservação desse corpo, da necessidade de cuidado. Na mesma esteira, surge o tabu a certas partes do corpo, como elementos de pudor. Além disso, tem-se a melhoria do desempenho desse corpo, referindo-se a uma prática eugênica. O corpo, então, é visto como elemento de dominação, não somente social, mas cultural.

Na concepção contemporânea, o corpo refere-se ao que é definido como uma unidade funcional, entendidas como partes separadas, localizadas em lugares diferentes fisicamente, que devem ser protegidos para permitir o direito de toda pessoa à sua autonomia (RODOTÀ, 2010).

A evolução da percepção do corpo demonstra que ele deixou de ser simplesmente orgânico para se tornar um instrumento de proteção e um corpo genético. O corpo não compreende somente os limites físicos de contorno de uma unidade, mas, sim, um ambiente múltiplo. Essa percepção demonstra que o corpo pode ocupar vários espaços, quer em dimensões virtuais, quer em dimensões reais. Isso, somente se torna possível através de amostras de material biológico.

Entretanto, mantém, ainda, a concepção do corpo como um todo. Isso ocorre em virtude da singularidade, visto que essa será preservada por ser elemento individualizador da pessoa humana detentora do corpo.

Portanto, essa nova dimensão do corpo necessita do autogoverno, conferindo o poder de decisão à pessoa humana detentora desse corpo. A unidade funcional deve ser reconstruída para se garantir seu exercício em toda a sua amplitude, pois a

(...) brusca redução do corpo a uma dimensão que potencializa unicamente a materialidade imediata, física ou eletrônica, restringe a possibilidade de conhecimento integral, de processos biológicos completos, de relações com o ambiente e com os demais seres humanos. O corpo se espelha na vida e a vida abandona o corpo [...] (RODOTÀ, 2010, p. 118, tradução nossa).⁴

Nesse sentido, a proteção do corpo contemporâneo pelo Estado deixará de ser natural para se tornar um direito fundamental da pessoa humana. Assim, tem-se o exercício dos direitos da personalidade, sendo desenvolvidos em diplomas constitucionais e diplomas

⁴ [...] brusca reducción del cuerpo a una dimensión que potencia únicamente la materialidad inmediata, física o electrónica, restringe la posibilidad de un conocimiento integral, hecho de procesos biológicos complejos, de relaciones con el ambiente y con los demás seres humanos. El cuerpo se aleja de la vida y la vida abandona el cuerpo.

internacionais de preservação do corpo, proibindo a utilização do corpo como objeto de lucro, as práticas eugênicas de massa, a clonagem reprodutiva.

A concepção contemporânea do corpo demonstra ser este um instrumento de individualização e identificação da pessoa humana. Há uma construção dualista do “eu e o mundo”. Logo, proporciona a visão da pessoa humana como um ser único, bem como a ideia de ser um ser em si mesmo.

A pessoa humana passa a estabelecer relações interpessoais e com a natureza, desenvolvendo, assim, a visão de uma unidade diferenciada. Essa é original e irrepetível, dotada de liberdade de transformação de acordo com suas próprias aspirações.

Logo, o desenvolvimento de elementos íntimos, como os sentimentos, a inteligência e a vontade, constitui os fatores intrínsecos da autodeterminação. Por conseguinte, proporcionará a individualização e a identificação da pessoa humana (CAPELO DE SOUSA, 1995). Desta forma, há uma relação da esfera íntima da pessoa humana com a materialidade corporal, razão pela qual o corpo contemporâneo deixará de ser natural, para se tornar um bem jurídico a ser tutelado.

Nesse sentido, emerge a concepção da propriedade do corpo, através da autodeterminação da pessoa humana, ou seja, da autopercepção do “eu e do mundo”. Essa deve ser entendida como a capacidade de realizar escolhas, bem como de se relacionar com o próprio corpo.

Diante disso, tem-se um debate entre os doutrinadores a respeito da base legislativa, disciplinando o surgimento do direito de propriedade do corpo. Para alguns doutrinadores seria considerado como inato, pois cada pessoa humana nasce com a potencialidade de exercê-lo, sendo que os “[...] defensores da teoria do *jus in se ipsum* (direito sobre a própria pessoa) afirmam ser esta a única capaz de dar uma explicação satisfatória” (CUPIS, 2004, p. 95).

Entretanto, trata-se de fenômeno histórico e cultural conceber o corpo como um bem jurídico, próprio da pessoa humana, à qual será conferido seu autogoverno. Portanto, considera-o como um centro de imputação normativa, estando na categoria do *ter* e não somente do *ser*, pois se constituiria em bem da personalidade.

A personalidade será desenvolvida através de uma moralidade racional, conferida pela capacidade de entendimento de cada pessoa humana e de consciência da lei moral. Isso somente se torna possível através de escolhas. Essas compreendem sua autodeterminação, deliberando a respeito da tutela do corpo como bem jurídico. Assim, a autonomia reflete um

exercício de propriedade.

A autonomia e a propriedade sempre estiveram interligadas entre si, razão pela qual demonstram o caráter extrapatrimonial, tendo em vista a liberdade de autodeterminação. Portanto, a cada pessoa humana será facultado construir sua própria identidade, por constituir um desdobramento de liberdades de escolha.

A autonomia privada é a capacidade de se autodeterminar. Para Otávio Luiz Rodrigues Júnior, a autodeterminação encontra-se adesão constitucional (RODRIGUES JÚNIOR, 2004). Entretanto, para o autor, a autonomia privada consiste na liberdade de contratar, sendo a expressão mais relevante, sendo que citando Joaquim de Souza Ribeiro menciona que “(...) *autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com suas preferências.*” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p.126).

Assim, o corpo como bem jurídico tutelado deve ser protegido nas suas diversas formas de manifestação, visto que

[...] através daquele bem jurídico são protegidos não apenas o conjunto corporal organizado, mas inclusivamente os múltiplos elementos anatômicos que integram a constituição físico-somática e o equipamento psíquico do homem bem como as relações fisiológicas decorrentes da pertença de cada um desses elementos a estruturas e funções intermédias e ao conjunto do corpo nomeadamente quando se traduzem num estado de saúde físico-psíquica. (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 213-214).

Desse modo, o corpo como bem jurídico integra a esfera dos direitos da personalidade, por corresponder à proteção da integridade física. Os direitos da personalidade podem ser conceituados

(...) como projeção de algum aspecto da personalidade em espaços de subjetividade e intersubjetividade, que deve ser tutelado pelo Estado na medida da necessidade individual, de acordo com os valores que a própria pessoa estabeleceu como prioritários para o livre desenvolvimento de sua personalidade. (TEIXEIRA, 2010, p. 205).

Neste contexto, as relações existenciais devem ser reguladas pelo Direito. Portanto, tratam-se de relações interpessoais e sociais, atingindo, assim, a esfera extrapatrimonial. Neste sentido, o Estado deve zelar por sua tutela e proteção. Assim, a segurança torna-se necessária e previsível para que todos possam exercer seus direitos da personalidade, conferindo a cada pessoa humana o exercício de autonomia privada, que consiste na autonomia existencial.

Portanto, a autonomia existencial é uma necessidade básica da pessoa humana para

desenvolvimento de sua identidade social. Essa por sua vez contém em si mesmo um núcleo de variáveis. As variáveis irão se desenvolver fundadas na moralidade racional individual. Por sua vez consiste num processo de deliberação de natureza discursiva. Logo, esse é o espaço em que a heteronomia deve atuar para regular o exercício em um plano existencial intersubjetivo.

Assim, a autonomia existencial surge no contexto jurídico como um princípio dotado de um poder de decisão de escolha nas relações interpessoais. Por conseguinte, demonstra se tratar de um sistema de direito autônomo fundamental para a consagração da dignidade humana.

Logo, compete ao Estado Democrático de Direito sua observância e proteção. Portanto, tem-se que “a autonomia privada se insere num contexto de respeito à liberdade e à dignidade da pessoa, não havendo espaço para a instituição de poderes exteriores, como o poder político, o poder médico e o poder de mercado” (RODOTÀ, 2010, p. 315, tradução nossa)⁵. Neste contexto, encontra-se em um espaço de moralidade racional individual de cada pessoa humana.

Assim sendo, o direito ao corpo representa a concepção da dignidade humana como autonomia. Neste sentido, compreende um dos direitos integrantes dos direitos da personalidade. Assim, compete ao Estado a proteção desse direito, por constituir a proteção da integridade física. O intuito é consagrar um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, garantido, constitucionalmente, a efetivação da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A tecnologia e os avanços nos estudos da genética e biotecnológicos influenciaram numa nova concepção do corpo, bem como sua proteção e o exercício de sua autodeterminação. Tem-se a percepção humana se pautado no existencialismo e se baseado no dualismo entre liberdade e necessidade.

O corpo, então, deve ser entendido como uma identidade pessoal e social, visto que é ele que confere a personalidade de cada um. O corpo passa a ser compreendido como

⁵ La autodeterminación se inscribe así em um contexto de respeto a la libertad y a la dignidade de la persona que no deja espacio a la imposición de poderes externos — el poder político, el poder médico, el poder del mercado

patrimônio, de esfera existencial, considerado como patrimônio mínimo existencial, sendo, portanto, genético, logo, deve ser entendido como propriedade possui a capacidade de individualizar a pessoa humana, através da identificação do seu material biológico humano, que se torna parte integrante do corpo.

Desse modo, o autogoverno e a autodeterminação definem-se como o incremento de uma moralidade racional para o livre desenvolvimento da personalidade. O poder de autodeterminação da pessoa humana será conferido pelo Estado Democrático de Direito. Desta forma, cada pessoa possui a liberdade de escolher como concretizar sua dignidade humana, constituindo-se, assim, como uma proteção na esfera existencial.

A autonomia privada se torna gênero, da qual a autonomia existencial se torna espécie pela proteção especialmente da parte íntima de cada pessoa humana de seus Direitos da Personalidade, bem como o exercício de direito de propriedade. Neste sentido, confere-se ao corpo tratamento de bem jurídico. Nessa perspectiva, o corpo deve ser entendido como patrimônio genético, desprovido de valor econômico, emergindo, assim, uma concepção de extrapatrimonialidade para esfera existencial.

Os elementos de validade do consentimento consistem na autonomia e na boa-fé, sendo o primeiro pautado na autodeterminação através dos requisitos elencados no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

A partir dessas premissas, constatou-se a viabilidade da aplicação do instituto da doação para as questões pertinentes ao material biológico humano, ou seja, na esfera existencial, através da releitura de um instituto de direito privatístico para a concepção de um instituto de direito existencial, qual seja, a doação neutra.

A Doação neutra consistirá na doação de material biológico humano, sem caráter econômico, definindo-se como ato de liberalidade que será esboçado pelo consentimento exarado no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Desta forma, por possuir características de negócio jurídico neutro, não haverá transferência de patrimônio entre as partes.

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) consistirá no negócio jurídico existencial de doação de aspecto extrapatrimonial de material biológico humano. Esse deverá ser pautado no dever de informação e na boa-fé como pilares de sua validade, tendo em vista o reconhecimento do corpo como um bem jurídico tutelável pelo Estado Democrático de Direito. Assim, esse deverá garantir condições para o exercício da autonomia existencial.

Diante disso, como resposta a hipótese testada, constata-se que há possibilidade da

releitura do instituto de direito privado, diante do texto constitucional, através da Doação Neutra como objetos de contrato de doação com suas especificidades.

A Doação neutra de material biológico humano é um fato social, praticado e necessário à evolução biotecnológica. A efetiva participação do Estado Democrático de Direito deve ser entendida como o reconhecimento do negócio jurídico existencial, sendo o corpo um patrimônio de cada pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: enfoque da doutrina social da igreja.** Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ARASSE, Daniel. A carne, a graça, o sublime. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. **História do corpo:** da renascença às luzes. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. v. 1, p. 535-620.
- ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Helsinque.** Helsinque, jun. 1964. Disponível em: http://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao_de_helsinque.pdf. Acesso em: 10 out. 2015.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2016.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 mai. 2016.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.201, de 14 de setembro de 2011. Estabelece as Diretrizes Nacionais para Biorrepositório e Biobanco de Material Biológico Humano com Finalidade de Pesquisa. **Diário Oficial União**, Brasília, 15 set. 2011. Disponível em: http://bvs.ms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/2011/prt2201_14_09_2011.html. Acesso em: 10 mai. 2016.
- BRETON, David Le. Adeus ao corpo. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina:** a

ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 123-137.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CORBIN, Alain. Introdução. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. **História do corpo**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. v. 2: Da revolução à grande guerra, p. 7-10.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

COURTINE, Jean-Jacques. Introdução. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. **História do corpo**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. v. 3: As mutações do olhar: o século XX, p. 7-12.

CRESPO, Jorge. **A história do corpo**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1990.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas, SP: Romana Jurídica, 2004.

DEPADT-SEBAG, Valérie. **Direito e bioética**. Lisboa: Edições Piaget, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil e da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GÊNESIS. In: Bíblia sagrada. 28. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012a.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. O consentimento informado como direito de personalidade. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012b. p. 93-113.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica**. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

JONAS, Hans. **O princípio da vida: fundamentos para uma biologia filosófica**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2003a.

KECK, Frédéric; RABINOW, Paul. Invenção e representação do corpo genético. In:

CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. **História do corpo**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. v. 3: As mutações do olhar: o século XX, p. 83-105.

LOCH, Jussara de Azambuja; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bioética na atualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MARTINS-COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana. Os biobancos e a doação de material biológico humano: um ensaio de qualificação jurídica. In: GOZZO, Débora;

LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 223-259.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Proteção jurídica do embrião. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 215-228.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOULIN, Anne Marie. O corpo diante da medicina. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. **História do corpo**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. v. 3: As mutações do olhar: o século XX, p. 15-82.

NOVAES, Adauto. A ciência no corpo. In: NOVAES, Adauto. **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 07-14.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **A dignidade do homem**. Tradução Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **La vida y las reglas**: entre el derecho y el no derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação – Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. v.41, nº 163, p.113-130 – jul/set, 2004

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v.06, p.75-104, abr/jun, 2018

VIGARELLO, Georges. Introdução. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques;

VIGARELLO, Georges. **História do corpo**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. v. 1: Da renascença às luzes, p. 15-18.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A Função da Cláusula de Bons Costumes no Direito Civil e a Teoria Tríplice da Autonomia Privada Existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v.04, p.99-125, out/dez, 2017.