

MARCOS EHRHARDT JÚNIOR
EROULTHS CORTIANO JUNIOR

Coordenadores

Prefácio

Gustavo Tepedino
Eroulths Cortiano Junior

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO
NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

ESTUDOS EM HOMENAGEM A LUIZ EDSON FACHIN


FRANCESCONI & LEMOS
—Advogados Associados—

Belo Horizonte

**F1 FÓRUM**

2019

© 2019 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Carmen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

T772 Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin / Marcos Ehrhardt Júnior, Eroulths Cortiano Junior (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2019.

805p.; 17cm x 24cm
ISBN: 978-85-450-0562-9

1. Direito Civil. 2. Direito Empresarial. 3. Direito Privado. 4. Direito do Consumidor. I. Ehrhardt Júnior, Marcos 1. II. Cortiano Junior, Eroulths III. Título.

CDD 342.1
CDU 347

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 805p. ISBN 978-85-450-0562-9.

DILEMAS E DESAFIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS

PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA

THAMIS ÁVILA DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO

Introdução

Diretamente ligado à noção de Estado de Direito, o princípio da segurança jurídica se dirige ao combate das incertezas e à promoção das ideias de continuidade e previsibilidade na ordem jurídica.¹ Em busca desse ideal de estabilidade nas relações privadas, a teoria civilista de tradição romano-germânica desenhou um modelo formalista de segurança que “inspirou os sistemas latinos a forjar uma constituição do homem privado e a rejeitar, no *laissez-faire*, a verdadeira dimensão da equidade que supõe simultaneamente igualdade e diferenciação”.²

A segurança jurídica consolidou-se, portanto, como instrumento de manutenção do *status quo* nas relações privadas, sendo a expressão de um sistema que “teima em recusar a travessia do indivíduo ao sujeito, e do sujeito à cidadania”.³ A ruína desse modelo que negligenciou o mundo dos fatos se tornou inevitável e verdadeiramente urgente em razão não só da influência da dignidade da pessoa humana como novo paradigma jurídico e da conseqüente repersonalização ou despatrimonialização do direito civil, mas também em função da expansão experimentada pelo Poder Judiciário brasileiro no cenário jurídico e político das últimas décadas.

A reconstrução do conceito de segurança jurídica na medida da pessoa humana é, pois, um dos mais importantes desafios do civilista contemporâneo, que precisa encontrar na legalidade constitucional a justa medida para conferir previsibilidade às relações jurídicas sem engessá-las nos tradicionais muros dogmáticos do formalismo de outrora.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Princípio da segurança dos atos jurisdicionais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 1225.

² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11.

³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13

Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo apresentar reflexões sobre a insuficiência da segurança jurídica de viés unicamente patrimonial e possíveis caminhos para a elaboração da segurança jurídica voltada para as demandas existenciais.

1 A autonomia existencial e a insuficiência do conceito tradicional de segurança jurídica

A insuficiência do conceito tradicional de segurança jurídica é consequência do “inegável envelhecimento do que já nasceu passado, pois foi parido de costas para o presente”.⁴ De fato, consolidada no Estado Liberal como princípio de manutenção do *status quo* desprovido de vocação para acompanhar as transformações sociais e as mudanças funcionais do direito, a segurança jurídica nos moldes dos interesses burgueses, de viés formalista e patrimonialista, encontra-se deslocada no direito civil contemporâneo. Baseada na lógica de um Estado tímido e de poucas intervenções na liberdade privada, a noção de segurança jurídica serviu perfeitamente às demandas da concepção clássica de autonomia do sujeito patrimonial, de matriz voluntarista e individualista, sem qualquer reconhecimento de interesses socialmente relevantes.

Segurança jurídica e autonomia da vontade formavam um dos mais importantes binômios do “reinado secular de dogmas”,⁵ que começa a ruir no direito civil contemporâneo diante da nova tábua axiológica que deve guiar as relações privadas. A clara premissa que orienta o pensamento dogmático é a lógica da amnésia, pela qual se ignoram as circunstâncias nas quais se insere um instituto jurídico a fim de sedimentar, através da naturalização desses conceitos, a falsa ideia de que os dogmas não podem ser modificados. Evidentemente, as estruturas legais devem se adaptar aos anseios da sociedade a qual se aplicam, permitindo a constante atualização de seus sentidos a fim de construir conceitos ajustados para a tutela das pessoas concretamente identificadas em seu tempo histórico, não como os sujeitos abstratos de outrora. Com efeito, esse esquema teórico mostra-se absolutamente equivocado, sobretudo para a metodologia civil-constitucional, que tem na historicidade e na relatividade dos institutos jurídicos pilares essenciais para a teoria crítica do direito civil.⁶

Tendo isso em vista, torna-se necessário observar que o conceito clássico de segurança jurídica caiu como luva como fator de estabilização das relações sociais em um modelo jurídico essencialmente patrimonialista, que pouco ou nenhum espaço reservava para a tutela da pessoa em seus aspectos existenciais. Nesse ambiente, em que a autonomia privada patrimonial se consagrou como princípio fundamental e praticamente absoluto,⁷ a segurança jurídica revelou todo o seu potencial para garantir

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1.

⁶ Neste sentido: “Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar. [...] o conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa-se levar em conta que os conceitos e os instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá seus próprios mecanismos” (PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6/7, 1998/1999. p. 63-64).

⁷ Isso porque, de acordo com Gustavo Tepedino, tratava-se de “princípio absoluto e pré-jurídico, suscetível de restrições exclusivamente externas e pontuais de acordo com reserva legal” (TEPEDINO, Gustavo. Velhos e novos mitos na teoria da interpretação. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, n. 28, 2006).

juridicamente um sistema econômico de circulação de bens e acumulação de riquezas a salvo das ingerências estatais que só foi possível em razão da *summa divisio* direito público e direito privado. O campo de ação da autonomia privada, àquela altura melhor traduzida pelo termo *autonomia individual*,⁸ era potencializado em face da tímida e insuficiente intervenção do Estado nas relações privadas. A expansão da autonomia privada patrimonial foi garantida, sobretudo, por um modelo administrativo de direito público que operava sob reserva de intervenção,⁹ e por um direito privado cujas estruturas tradicionais se voltavam para a garantia de uma liberdade ligada ao “poder de regular situações jurídicas especialmente patrimoniais: ela se torna liberdade econômica que postula a economia de mercado e a livre concorrência”.¹⁰

Em função do predomínio da dimensão patrimonial que orientava o sistema jurídico vigente, a segurança jurídica operava seus efeitos para garantia da capacidade de movimentação de patrimônio dos sujeitos, de modo a assegurar a base jurídica requerida pelo modelo de produção capitalista.¹¹ à categoria dos proprietários era reconhecida a vontade como poder absoluto sobre as relações patrimoniais, ao mesmo tempo em que se tornava possível a venda da força de trabalho daqueles que não gozavam da propriedade tradicional, mas que, no entanto, possuíam autonomia para negociar o direito sobre si mesmos.¹²

Outro fator determinante para o desenvolvimento da segurança jurídica unicamente em seu viés patrimonial foi o descompromisso com a igualdade material. O direito tornou-se cego para as singularidades que tornam o sujeito único em sua existência, a pretexto de combater qualquer tipo de tratamento desigual. Consoante a dinâmica de igualdade formal que orientou a produção jurídica burguesa, a personalidade tomada apenas como atributo e não como valor em si representava o ideal do projeto emancipatório da racionalidade iluminista. Como observam Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, o discurso predominante na construção do direito privado moderno “culminou na racionalidade que fez a dignidade da pessoa ser sobrepujada pelo patrimonialismo e pelo conceitualismo”.¹³ Por tais razões, a autonomia existencial manteve-se à sombra da autonomia patrimonial para o direito civil oitocentista, e, por conseguinte, a segurança jurídica existencial permaneceu carente de desenvolvimento, tornando evidente a insuficiência da segurança jurídica apenas em seu viés patrimonial.

⁸ O termo *autonomia individual* se refere ao viés subjetivo, psicológico, que consagrava a liberdade dos privados como elemento de concretização do individualismo jurídico. Já a autonomia privada, por sua vez, é nomenclatura que se dirige ao aspecto objetivo da liberdade, pelo que se expressa na manifestação de vontade e seus efeitos jurídicos. Para uma análise aprofundada desta terminologia, v. especialmente, MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 63 e ss.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II. p. 132.

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 339.

¹¹ A esse respeito, ver: POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder e o socialismo*. 4. ed. São Paulo: Graal, 2000. p. 101.

¹² O direito sobre si mesmo ou a propriedade originária, nas palavras de Adam Smith: “A propriedade que cada homem tem no seu próprio trabalho é a fonte original de toda outra propriedade, e por isso mais sagrada e inviolável. O patrimônio de um homem pobre consiste na força e destreza das suas mãos; e impedi-lo de aplicar a sua força e destreza da maneira que ele acha mais apropriada, sem lesão do seu vizinho, é uma pura violação desta mais sagrada propriedade. É uma intromissão na justa liberdade quer do trabalhador quer daqueles que poderia estar dispostos a empregá-lo” (PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1962. p. 9).

¹³ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 107-119, 2008.

Nesse sentido, as transformações sociais e jurídicas ocorridas no curso do século XX impõem a releitura da clássica segurança jurídica para vinculá-la definitivamente à noção de proteção integral da dignidade da pessoa humana.¹⁴ No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana é princípio que tem lugar no rol dos fundamentos da República, na forma do art. 1º, III da Constituição de 1988, com viés francamente coexistencial, voltado para a proteção da pessoa no seu ambiente social, nas constantes experiências intersubjetivas e nos processos de construção de identidades pessoais e grupais. Sua definição encontra obstáculos de diversas naturezas e nos mais variados campos do conhecimento e algumas das maiores dificuldades ocorrem principalmente pela polissemia, vaguidade e porosidade do conceito.¹⁵ Mas ainda que não haja um conteúdo único para a dignidade, é possível considerar que seu núcleo agrega os subprincípios da solidariedade, da liberdade, da igualdade e da integridade psicofísica,¹⁶ sem prejuízo de outros que se imponham como necessários para proteger a pessoa e suas necessidades existenciais.

Por força da dimensão coexistencial da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, a solidariedade assume importante papel da reformulação dos institutos jurídicos patrimoniais que carecem de desenvolvimento existencial. Positivada como valor jurídico e um dos objetivos da República,¹⁷ a solidariedade, tanto na sua vertente objetiva quanto na subjetiva,¹⁸ determina que a coexistência deve se dar de acordo com a lógica da reciprocidade, ou seja, de respeito à esfera jurídica alheia do mesmo modo que se respeita a própria, em consideração ao sentido de igualdade formal e material.¹⁹ Nesse contexto, a dignidade configura-se como cláusula geral de tutela e promoção

¹⁴ Em síntese de Maria Celina Bodin de Moraes: "Foi o século XX um século de importantes transformações na esfera jurídica, sobretudo no que tange à defesa da pessoa humana. Evidentemente, as pré-condições teóricas para que estas mudanças pudessem ocorrer devem ser procuradas no passado. Como se sabe, há cerca de dois mil anos o cristianismo concebeu a ideia de que todos são iguais e, porque 'filhos do mesmo Pai', deveriam considerar-se, uns aos outros, como irmãos, dotados, portanto, de igual dignidade; por outro lado, a preocupação de filósofos e teóricos com os direitos humanos existe pelo menos desde o século XVII, sendo o Manifesto Comunista documento do séc. XIX. Mas o traço distintivo do novo paradigma resulta da concreta percepção da insuficiência da teoria positivista quando da passagem do terreno das abstrações para o da práxis" (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências. Revista dos Tribunais*, v. 779, p. 47-78, 2000. Grifos nossos).

¹⁵ Assim prescreve Sarlet: "No caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.) mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60).

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional do dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 85.

¹⁷ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO NASCIMENTO, Firlly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 161.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO NASCIMENTO, Firlly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 231.

da personalidade,²⁰ geradora de deveres positivos e negativos, a qual pressupõe que a pessoa seja concebida a partir de uma reflexão multidisciplinar. Isto é, a dignidade, no papel de princípio unificador do ordenamento jurídico, impõe que o olhar dirigido à pessoa seja capaz de englobar a integralidade do indivíduo, levando-se em conta o contexto social, econômico e cultural e as necessidades físicas e psíquicas de cada sujeito.

Essa reviravolta paradigmática gerou efeitos diretos nas relações privadas, rompendo com o primado da patrimonialidade e determinando o condicionamento do ter, consequência necessária da opção constituinte que se irradia por toda a normativa infraconstitucional e gerando movimento denominado repersonalização ou despatrimonialização do direito civil. De acordo com Pietro Perlingieri, despatrimonializar representa uma tendência que coloca o personalismo²¹ como superação do individualismo, mas não implica esvaziar a carga valorativa da tutela dos interesses patrimoniais. O perfeito equilíbrio desta nova equação depende de uma troca essencial de papéis: a patrimonialidade deixa de ser um valor em si mesmo, passando a ser um instrumento para a realização dos interesses pessoais e sociais, de tal maneira que o personalismo²² assuma o lugar de valor fundamental de todo o ordenamento jurídico.²³

Diante da nova hierarquia de valores, operou-se uma “transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais”.²⁴ Esta nova *divisio* representa, por sua vez, o antídoto para a antiga divisão entre o público e o privado: a necessidade de disciplinas diferenciadas em relação à tutela das liberdades,²⁵ segundo seu campo de incidência, que sejam capazes de promover a existência ao mesmo tempo em que garantem a coexistência.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 20.

²¹ Como esclarece Maria Celina Bodin de Moraes: “A incorporação dos valores personalistas à aplicação do direito civil impede a sua aplicação tecnicista e conservadora em decorrência do movimento de despatrimonialização do direito civil. Este movimento, por ser guiado (rectius, imposto) pelas normas constitucionais, deve prevalecer sobre a aplicação lógico-mecânica dos institutos clássicos (‘romanistas’) do direito civil, sob pena de preponderar uma alegada racionalidade técnica e científica (embora mascaradamente política) sobre o princípio da democracia constituinte” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. Editorial. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 2, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/utilidade-principios/>>. Acesso em: 1º jun. 2018).

²² “No personalismo confluem as ideologias que, depois da Segunda Guerra Mundial, encontram um compromisso político nos princípios fundamentais das novas democracias ocidentais e, em parte, daquelas orientais: o espiritualismo cristão, com veias modernas e sociais, que têm dado vida ao cristianismo social moderno; o existencialismo; o marxismo, recusado na sua integralidade pelo personalismo, mas apreciado pela sua substância humanista de liberação social” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 36).

²³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121-122.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV/V, n. 4/5, p. 167-175, 2003/2004.

²⁵ A esse respeito, observa Gustavo Tepedino que tal distinção “deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores” (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 20).

2 Segurança jurídica e interpretação

Da necessidade de oferecer tutelas diferenciadas a depender das demandas patrimoniais ou existenciais, torna-se urgente repensar o conceito de segurança jurídica, conservando os avanços que sejam adequados ao projeto constitucional contemporâneo e avançando para revelar novas dimensões e funções deste princípio que agora se volta para a proteção da pessoa humana e de suas circunstâncias, e não mais apenas do sujeito patrimonial abstrato. Mas essa proposta de reformulação deve levar em conta as dificuldades decorrentes da interpretação de um instituto que se revela de conteúdo tão indeterminado como é o caso da segurança jurídica.

Sem gozar de uma única definição, o princípio da segurança jurídica se manifesta de diferentes formas nos variados ramos do direito, ainda que se possa apontar em todas elas um certo núcleo comum²⁶ que remonta à ideia de que todas as pessoas possam confiar que seus direitos e todas as decisões relativas a eles serão vinculadas às normas jurídicas vigentes, elaboradas pelos poderes constituídos para tanto, que também devem se sujeitar aos princípios da legalidade e da confiança. Também conforma a noção de segurança jurídica a intenção de que as normas sejam bastante duradouras para produzir a estabilidade de sua aplicação, favorecendo desse modo a uniformização na interpretação de seus sentidos. Esses fatores remetem a um conteúdo mínimo da segurança, mas nada disso se consolida se a aplicação concreta desse princípio não se der em razão e nos limites da legalidade constitucional.

Isso significa, por seu turno, que embora repleto de nobres sentidos o princípio da segurança jurídica só pode se atualizar, de fato, diante das demandas da sociedade contemporânea se for interpretado e aplicado de acordo com os preceitos constitucionais. Atualizar o seu sentido e repensá-lo de acordo com a legalidade constitucional não significa, por seu turno, que não se deva buscar a previsibilidade. Trata-se, na realidade, de abandonar a ultrapassada dogmática com os olhos voltados unicamente para o passado, a fim de redesenhar a segurança jurídica na dogmática jurídica crítica, cuja marca é a efetividade, segundo a máxima de que o direito existe para se realizar, pois, como afirma Fachin, “Por essa dogmática jurídica crítica, a confiança na jurisdição pressupõe respeito à lei e julgamentos sólidos sem surpresas”.²⁷

Nesse contexto, diversos instrumentos jurídicos se fortaleceram como expressão da segurança jurídica, que em cada campo jurídico assume diferentes funções, como é o caso das súmulas e das imunidades parlamentares no direito constitucional, nos princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal no direito penal e processual penal, e nos princípios administrativos da publicidade, da legalidade e da razoabilidade que regem a Administração Pública, na preclusão e na coisa julgada, institutos tão caros

²⁶ Na definição de Canotilho, a segurança jurídica pode ser assim descrita: “Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica pode formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que os actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroativas; (2) a inalterabilidade do caso julgado, (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 377-378).

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica – Entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito civil constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 17.

ao processo civil brasileiro. Da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro se destaca a previsão de imutabilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada em face de nova lei,²⁸ além das recentes e polêmicas mudanças introduzidas na LINDB pela Lei nº 13.655 de 2018 sobre disposições acerca da segurança jurídica e da eficiência na criação e na aplicação do direito público.²⁹

No direito civil atual não faltam conceitos cuja *ratio* seja promover a estabilidade e a segurança, ainda que, curiosamente, não se tenha assumido de forma expressa esse objetivo em nenhum dos artigos do Código Civil. De fato, nenhuma das dezesseis referências expressas ao vocábulo *segurança* traduz de forma clara a ideia de segurança jurídica como princípio de manutenção de *status quo*. Todavia, os institutos tradicionais da teoria civilista presentes no Código não deixam dúvidas sobre a segurança jurídica como valor norteador da codificação brasileira, incluídos nesse raciocínio tanto o Código de 1916 quanto o de 2002. Assim, por exemplo, tem-se a disciplina jurídica das nulidades do negócio jurídico, os defeitos dos negócios jurídicos, em especial o erro essencial sobre a pessoa, os prazos decadenciais e prescricionais, com destaque para os impedimentos, suspensões e interrupções dos prazos prescricionais. O regime de impedimentos matrimoniais e a própria ordem de vocação hereditária operam seus efeitos com base no rígido sistema de previsões legais elaborado para afastar das relações familiares e sucessórias a margem de incertezas que todas as relações regidas pelo afeto acabam por gerar.

Todos esses mencionados institutos representam importantes desafios para o intérprete do direito, eis que sua aplicação de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana exige do intérprete o recurso necessário a valores e conceitos de conteúdo indeterminado, que, por sua natureza mais aberta e polissêmica, aumenta o ônus argumentativo para alcançar a estabilidade que se espera das decisões judiciais. De fato, a necessidade de reconstrução da clássica ideia de segurança jurídica se impõe também em face da atuação mais intensa da magistratura e da crescente judicialização da política. Como adverte Gustavo Tepedino:

O reconhecimento do papel criativo dos magistrados não importa em apoio ao decisionismo, ou à atribuição de ilimitado poder aos juizes. Trata-se de fixar limites axiológicos para a atuação da magistratura, com apoio na teoria da argumentação. Há de se reconstruir, assim, o princípio da segurança jurídica.³⁰

A construção de um sentido existencial para a segurança jurídica que se volta para o sujeito concreto “que vale pelo que é, sem que precise, para adquirir relevância

²⁸ LINDB: “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. §1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. §2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem. §3º Chama-se coisa julgada o caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

²⁹ Entre as mudanças merece destaque a que determina a nova redação do art. 20 da LINDB: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras. *Rev. TST*, Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011. p. 110.

para o Direito Privado, ser qualificado pelo ter”,³¹ acaba por ampliar o debate sobre a fundamentação das decisões judiciais e os limites do poder criativo do juiz na legalidade constitucional.

Como afirma Fachin, “precisão e rigor não se confundem, necessariamente, no trato dos signos e conceitos jurídicos, com formalismo excessivo e despropositado”,³² de modo que a adequada interpretação de um conceito está muito mais vinculada a uma fundamentação racional da decisão judicial que o acolhe do que propriamente a uma estrutura dogmática rígida e aparentemente isenta de abertura semântica. Essas considerações se tornam especialmente importantes no cenário de expansão do Poder Judiciário, trazendo à discussão os problemas enfrentados com a superação do formalismo por uma perspectiva mais flexível e principiológica que propiciou e intensificou os movimentos de judicialização da política³³ e o ativismo judicial.

Especialmente diante de novas situações jurídicas existenciais decorrentes dos avanços biotecnológicos, das diversas formas de exploração do corpo humano e de sua fragmentação,³⁴ a concepção de segurança jurídica precisa ganhar um ressignificado. Emoldurar as relações jurídicas com base em uma dogmática patrimonial e uma legislação precária de uma reflexão multidisciplinar acerca da concepção de pessoa, da pessoa em concreto, seria aniquilar a sua proteção, a garantia do seu livre desenvolvimento.

3 Desafios para a construção da segurança jurídica nas situações jurídicas existenciais

Os operadores do direito têm enfrentado grandes desafios na interpretação e na modulação dos efeitos das novas situações jurídicas existenciais decorrentes das metamorfoses causadas pela biologia, pela biomedicina. As novas tecnologias que afetam as ciências da vida acabam por ampliar o poder de controle sobre a vida humana, propiciando formas diversas de se relacionar e de lidar com a vida, colocando em xeque seu próprio conceito, a definição de seu início e fim. Vive-se, portanto, em uma era de incertezas, de constante transição.

A intervenção na procriação humana por meio de técnicas de reprodução assistida; a gestação de substituição; os estudos e manipulação genética; a clonagem; o transumanismo e pós-humanismo;³⁵ a transexualidade; as pesquisas com seres humanos;

³¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana no direito civil. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 313.

³² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 4.

³³ “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juizes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016).

³⁴ Cf. RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 5, n. 19, p. 65-107, jul./set. 2004 e TERRA, Aline Miranda Valverde; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Considerações acerca do estatuto jurídico do corpo humano. *Revista dos Tribunais*, v. 952, p. 37-58, fev. 2015.

³⁵ “Pós-humanismo (ou, às vezes, ‘transumanismo’) é um puro cientismo que propõe alterações fundamentais na natureza humana. Superar os limites biológicos, transcendendo o humano pela tecnologia. O pós-humanista tem

ensaios clínicos,³⁶ a nanotecnologia,³⁷ o uso de diretivas antecipadas de vontade – DAV, são algumas hipóteses, entre outras, que demandam reflexões não só no campo ético, social, filosófico e religioso como jurídico.

Uma das primeiras barreiras encontradas pelos aplicadores do direito é o vácuo legislativo e a insuficiência da estrutura patrimonialista ainda existente no tripé da civilística – contrato, propriedade, família – que não resolvem os diversos problemas enfrentados com as novas possibilidades de extensão da vida humana e do exercício da autonomia existencial. Isso porque, no campo contratual, surge a necessidade de entabular novos arranjos negociais, pois os contratos típicos e sua principiologia não atendem às especificidades das situações existenciais, regidas por outros princípios;³⁸ a ideia de propriedade não é suficiente para salvaguardar os direitos da personalidade, até mesmo por estarem em outra dimensão; e no campo familiar, surgem novos arranjos, com significativas mudanças na filiação, na concepção acerca da maternidade e paternidade, e a forma de planejamento familiar.

Esse quadro acaba por dar mais espaço ao papel criativo do juiz. Instaure-se uma insegurança jurídica não só em um momento prévio à existência de eventuais conflitos de interesses, pois não há uma uniformidade no tratamento dessas situações e nos instrumentos jurídicos a serem utilizados, como pela necessidade de um rígido controle da justificação axiológica utilizada como fundamentação das decisões judiciais.³⁹

A existência de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e o uso de valores e princípios no julgamento dos casos concretos desestruturam o viés positivista de uma neutra subsunção lógica do caso à lei e trazem com ela o temor da falta de segurança jurídica gerada pelo decisionismo e suposta ausência de legitimidade democrática na atuação criativa do juiz.

como objetivo desacelerar ou até parar o processo de envelhecimento, mas somente como uma pequena parte de uma visão maior de re-engenheirar a natureza humana, e, portanto, criar biológica e tecnologicamente seres humanos superiores, que nós seres humanos de hoje desenharemos para o amanhã. Como tal, os pós-humanos não serão mais humanos” (Tradução livre de POST, Stephen Garrard. *Encyclopedia of bioethics*. 3. ed. Nova Iorque: Macmillan Reference USA, 2003. p. xiii).

³⁶ Segundo a definição da Organização Mundial da Saúde, “para efeitos de registro, um ensaio clínico significa qualquer pesquisa que seleciona prospectivamente participantes humanos, indivíduos ou grupos de pessoas, para participarem de intervenções relacionadas à saúde humana para avaliar efeitos e resultados na saúde. Essas intervenções incluem, mas não se restringem a pesquisas com drogas, células e outros produtos biológicos, procedimentos cirúrgicos ou radiológicos, aparelhos, tratamentos terapêuticos, mudanças no processo de atenção, cuidados preventivos etc”. (CASTRO, Regina Celia Figueiredo. Registros de ensaios clínicos e as consequências para as publicações científicas. *Revista da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto e do Hospital das Clínicas da FMRP Universidade de São Paulo*, Ribeirão Preto, v. 42, n. 1, 2009. p. 31-35).

³⁷ Para Wilson Engelmann e Gustavo Borges, o termo *nanotecnologia* representa a possibilidade científica de manipular átomos e moléculas, ou seja, corresponde à tecnologia que pode trabalhar na escala métrica equivalente a 10-9; que especifica o trabalho na bilionésima parte do metro (ENGELMANN, Wilson; BORGES, Gustavo Silveira. Responsabilidade civil médica pela utilização da nanotecnologia para modificação genética. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 65-99, 2014).

³⁸ Rose Melo Vencelau Meireles elenca como princípios jurídicos das situações existenciais o da gratuidade, face a ausência de conteúdo patrimonial; o consentimento qualificado; a revogabilidade da manifestação de vontade colocada no termo de consentimento; o da confiança, e o da autorresponsabilidade, que se apresenta quando alguma lesão é causada com o consentimento do ofendido (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 202).

³⁹ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. O papel criativo do juiz na legalidade civil-constitucional. *Pensar (Unifor)*, v. 21, p. 721-750, 2016.

Diferentemente do que ocorria no Estado Moderno, em que vigorava a concepção formalista, positivista,⁴⁰ que restringia a atuação do Poder Judiciário na aplicação da lei mediante raciocínio subsuntivo puramente lógico, consistente em subsumir os casos concretos aos comandos abstratos veiculados nos preceitos legais, o papel do Judiciário na contemporaneidade deixa de ser secundário, de mero aplicador da lei, e ganha espaço para soluções de conflitos por meio de uma concepção substantiva de justiça, fundada em uma nova hermenêutica. A atividade jurisdicional não pode estar presa à subsunção, a uma atuação robótica, sendo plenamente capaz de ponderar e decidir sem arbitrariedade, não comprometendo a segurança em razão da fundamentação de sua decisão (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Como consequência dessas premissas, o processo de interpretação não se resume a uma atividade inteiramente discricionária ou mecânica, mas é produto de uma interação entre o intérprete e o texto,⁴¹ uma mistura de objetividade (traça parâmetros de atuação) e subjetividade (sensibilidade do intérprete, permite que busque a solução mais justa).

Adota-se a doutrina da hermenêutica construtivista de Ronald Dworkin,⁴² criativa, que conduz a tornar melhor o objeto mediante compreensão dos princípios e valores da comunidade, em que a interpretação é governada pela finalidade da lei, ligada à ideia de justiça, donde se conclui que a incerteza jurídica é simples derivativo da incerteza moral e política. Nessa forma de interpretação cada partícipe é chamado a dar continuidade a sua história, tendo, ao mesmo tempo, o dever de ser coerente e de buscar dar a melhor resposta possível às demandas de sua comunidade política.

Consolida-se a metodologia pós-positivista na passagem para o neoconstitucionalismo, que, na definição de Daniel Sarmiento,⁴³ consiste na “discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os casos difíceis do direito”.

O afastamento do dogma da subsunção não é sinônimo de arbítrio, ao revés, impõe a fundamentação argumentativa do *decisum*. O uso da técnica da ponderação e da argumentação⁴⁴ é um caminho, uma resposta à questão da legitimidade e segurança jurídica, pois visa à escolha do significado da lei que pareça mais adequado frente às questões postas, baseado em provas concretas e opiniões aceitas, nova retórica. Cabe ao intérprete proceder a interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas dentro das diversas possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico. Tudo para permitir a solução justa para o caso concreto.

⁴⁰ O termo *positivismo jurídico*, de acordo com Norberto Bobbio, deriva da locução *direito positivo* contraposto àquela ideia de direito natural, ambos com características antagônicas de acordo com o pensamento aristotélico, romano, medieval e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, pelo que pode se atribuir ao direito positivo a particularidade, a mutabilidade, o qual é conhecido através de uma declaração de vontade alheia. O direito positivo tem com objeto o que é ordenado e estabelece aquilo que é útil (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15).

⁴¹ Sobre a interpretação e aplicação como fenômeno unitário, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 615.

⁴² DWORKIN, Ronald. Law, philosophy and interpretation. *Archiv für Rechts- und Sozial philosophie*, v. 80, n. 4, p. 463-475, 1994.

⁴³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 119.

⁴⁴ Cf. PERELMAN, Chaim. *O império retórico: retórica e argumentação*. Porto: Asa, 1993.

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos fáceis e difíceis,⁴⁵ que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) e que se encontram em aparente linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

A teoria da argumentação tornou-se, portanto, elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto.

Todavia, essa nova hermenêutica que amplia o campo de atuação dos magistrados suscita diversos questionamentos acerca da legitimidade da decisão, pois se afasta da suposta certeza e previsibilidade pregadas pelo positivismo jurídico que tem no processo subsuntivo o ideal de segurança jurídica. Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.⁴⁶

A segurança jurídica substancial será alcançada dentro de uma “cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade do direito, numa perspectiva dinâmica de controlabilidade semântico-argumentativa e garantia de respeito ao jurídico”.⁴⁷

Diante da problemática apresentada, à doutrina caberá, como já exposto por Maria Celina Bodin de Moraes,⁴⁸ a elaboração com “urgência da hermenêutica, instrumentos legais e mesmo o ensino jurídico desta nova realidade, sob pena da ruína do sistema”; e ao Poder Judiciário, a tarefa de julgar, perante os novos fatos sociais dentro da legalidade constitucional, observado o comportamento da jurisprudência de forma a não se afastar da previsibilidade das decisões judiciais, uma vez que isso também é uma questão de justiça, pois deriva da necessária coerência e harmonia que devem caracterizar o sistema unitário e plural.

Mas como será o atuar do juiz na análise e julgamentos das situações jurídicas existenciais acima exemplificadas e que não encontram sequer lei específicas regulando?

Os dilemas das novas situações jurídicas na área de saúde já vêm sendo enfrentados pela ética médica⁴⁹ e bioética,⁵⁰ por meio de normas deontológicas e princípios bioéticos

⁴⁵ Para uma análise crítica sobre a dicotomia entre casos fáceis e casos difíceis a partir do mito da clareza como questão de linguagem, ver, por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 614 e ss.

⁴⁶ Além da motivação das decisões, do debate argumentativo, outra forma de “oxigenação” da instituição judiciária é feita através do uso de mecanismos de participação popular como a audiência pública prévia à prolação da decisão e a figura do *amicus curiae*, introduzidas pela Lei nº 9.868/99, em seu art. 7º, §2º, e art. 9º, §1º.

⁴⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulth; RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da teoria do direito. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 4, p. 1-25, 2015.

⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Os últimos 25 anos e o futuro. Editorial. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/os-ultimos-25-anos-e-o-futuro/>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

⁴⁹ A ética médica, cuja origem remonta aos séculos III e IV a.C. e à coletânea de escritos atribuídos à Escola de Hipócrates, foi sofrendo consideráveis mudanças ao longo dos séculos na sociedade ocidental. Passa-se da figura do médico tradicional, do interior, o herói que se dedica a salvar a vida dos pacientes, sem supervisão, sem

como o da autonomia, beneficência, não maleficência, e justiça, busca-se um suporte e controle. Todavia, a despeito da importância dessas normas, o direito não pode deixar de regular por meio de normas jurídicas, que, diferentemente do que fora sustentado no positivismo, são permeadas por valores éticos e morais. A saúde e a vida humanas, ao mesmo tempo em que têm um valor moral, também possuem valor jurídico; tanto que diversas prescrições bioéticas encontram eco no ordenamento jurídico, compõem sua “ossatura”, nas palavras de Augusto Lopes Cardoso. A moral, por sua vez, interage no ordenamento jurídico manifestando-se através dos princípios os quais integram o direito mesmo sem estarem positivados (visão unificada do direito e moral). Até as normas de conduta são sustentadas em princípios, indicam um valor. Logo, a moral é prévia ao direito, por isso os princípios podem até mesmo afastar a aplicação de normas que lhes contrariem.

A ligação da bioética com o direito,⁵¹ a interdisciplinaridade, se dá tanto no plano teórico como no prático, com forte integração entre as normas éticas e jurídicas, eis que ambas têm prescritibilidade, pois indicam a obrigatoriedade de as pessoas praticarem certos atos, embora alguns conteúdos morais não encontrem previsão legal. No entanto, se diferem pela fonte, pela entidade julgadora do cumprimento da norma, pelo âmbito de aplicação, pela coercibilidade e pelas consequências da inobservância de suas regras.⁵²

auxílio e dominando diversas áreas, e que sabia o que era melhor para o paciente com base no valor absoluto da sacralidade da vida (década de 1940), para o médico da cidade, especialista, cuja visão do que é melhor para o paciente passou a variar diante do novo contexto social, principalmente na virada do século XIX para o século XX, com a explosão demográfica, no pós-II Guerra Mundial, com o aparecimento de novas tecnologias médicas, máquinas intervindo nas relações médico-paciente, na massificação do serviço, na socialização do atendimento médico, na emancipação do paciente, que forçaram a sociedade e seu médico a relativizar o valor absoluto da sacralidade da vida diante da nova visão acerca do conceito de vida digna, de vida com qualidade e a abrangência da autonomia (JONSEN, Albert R. *The birth of bioethics*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998. p. 3-13 *passim*).

⁵⁰ O termo *bioética* foi cunhado na década de 1970, por forte influência americana, tendo sido mencionado pela primeira vez pelo biólogo e oncologista Van Reansselder Potter, da Universidade de Wisconsin, Madison, primeiro em sua obra *Bioethics, the science of survival*, e retomado em sua famosa obra *Bioethics, bridge to the future*, publicada em 1971 e reeditada em 1988, cujo sentido foi ganhando novos contornos e se aprimorando ao longo dos anos, tanto que a *Encyclopedia of bioethics* foi desenvolvendo novos conceitos em suas edições (1978, 1995, 2004) (POST, Stephen Garrard. *Encyclopedia of bioethics*. 3. ed. Nova Iorque: Macmillan Reference USA, 2003. p. xii).

⁵¹ De acordo com Carlos Casabona, a dialética entre ética e direito para fins de proteção da ciência biomédica se baseia em cinco premissas irrenunciáveis: i) as ciências biomédicas interferem sobre o ser humano em todo processo vital e sua própria identidade coletiva. O foro de debate há de ser multi e interdisciplinar, com a participação de técnicos, investigadores, clínicos, filósofos, juristas, especialistas em ética, e moral, setores da população em geral, psicólogos, sociólogos, economistas, quando for oportuno em razão da matéria, pois afeta potencialmente toda a coletividade; ii) assegurar o pluralismo ideológico de crenças e concepções de qualquer classe, a fim de obter maior consenso; iii) importância dos comitês de bioética independentes dos poderes públicos, que propicia um debate plural e diverso nas representações ideológicas e científicas dos profissionais; iv) uniformização de critérios incluindo o âmbito supranacional e internacional harmonizando as legislações correspondentes e v) a intervenção do direito há de apresentar diversos enfoques, resolver problemas de forma aberta aos valores diferentes e novas matérias, sem incorporar critérios rígidos (ROMEO CASABONA, Carlos. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madri: Editorial Universitaria Ramon Areces, 1994. p. 16-17).

⁵² De acordo com Norberto Bobbio, existem várias teorias que estabelecem critérios para diferenciar a norma jurídica da norma moral (bilateralidade e unilateralidade, finalidade, destinatário, natureza da obrigação etc.), mas que não são suficientes. O autor adota o critério da violação, vale dizer, da sanção aplicada quando inobservadas as normas. A sanção ética é interna ou externa, social e ocorre por meio de reprovação da comunidade, enquanto que a coercibilidade da norma jurídica é exercida pelo próprio Estado que julga o cumprimento ou não da norma e apenas obriga a todos que estão sujeitos à jurisdição (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipiro, 2001. 160-162).

Nesse contexto, ganha importante relevo a contribuição do biodireito, que, assim como a bioética, surge em meio à era de incertezas no campo científico e tecnológico, para tratar das novas situações sociais resultantes das ciências médicas e biomédicas, que não têm relação própria e estão em descompasso com a dogmática tradicional e a realidade social.

O biodireito, como observa Heloisa Helena Barboza,⁵³ é composto pelos valores e princípios constitucionais fundamentais do direito,⁵⁴ tais como: vida; dignidade humana; solidariedade (art. 1º, III, da CF); direitos fundamentais (art. 5º, da CF); direito à saúde (arts. 194, §4º e 196 da CF); proteção especial da família, da criança, do adolescente, do jovem e da pessoa idosa (art. 226 da CF); meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF). Ele auxilia os intérpretes na árdua tarefa de definir os contornos das novas situações jurídicas tipicamente existenciais.

A despeito da ausência de lei regulando diretamente algumas novas situações existenciais, vigora todo o arcabouço normativo composto de princípios e regulamentos jurídicos que devem ser interpretados e complementados pelos valores constitucionais,⁵⁵ que encontra posição central no ordenamento jurídico. As decisões devem ser pautadas na legalidade constitucional, que constitui fonte e baliza do sistema jurídico, com eficácia direta nas relações privadas na promoção dos valores personalistas e solidaristas, na cláusula geral de dignidade da pessoa humana.

Os princípios gerais do direito, como acentua Casabona⁵⁶, nem sempre serão suficientes, pois não atendem aos novos fenômenos sociais advindos das ciências biomédicas. Por isso, além desses princípios, há aqueles que são retirados da Constituição da República para fazer frente a essa nova realidade social, cabendo ao intérprete buscar solução para o problema quando enfrentar o caso concreto por meio de determinados critérios de interpretação.⁵⁷

⁵³ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

⁵⁴ “[...] admitir a inevitável dimensão axiológica da hermenêutica constitucional não implica, necessariamente, adotar a tese de que os valores devem ser entendidos como normas. A inserção destes no âmbito jurídico relaciona-se ao fato de serem tutelados por normas, não de serem normas. Embora seja certo que as normas constitucionais usualmente possuem uma dimensão axiológica, nem todo valor ostenta caráter normativo. [...] Tanto os princípios como as regras podem expressar valores, e o fato de estes estarem referenciados de forma explícita nos enunciados normativos não determina nenhuma consequência hermenêutica relevante. [...] parece mais acertada a tese de que os valores consubstanciam o conteúdo moral das normas jurídicas, e por essa via integram o processo de interpretação” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios e valores. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 1039).

⁵⁵ “A lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa, aliando-se às exigências legítimas do progresso do conhecimento científico e da proteção da saúde pública. A propósito desses casos, mesmo diante da inexistência de uma lei específica, cabe ao Juiz dizer o direito, baseando-se em princípios gerais, determinando os limites” (VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 145, p. 197-199, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569/r145-20.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 7 nov. 2016).

⁵⁶ ROMEO CASABONA, Carlos. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madri: Editorial Universitaria Ramon Areces, 1994. p. 3-20. passim.

⁵⁷ Gustavo Tepedino critica a compreensão de que as categorias jurídicas seriam imutáveis, e que aos “fatos bioéticos” aplicam-se os princípios fundamentais consagrados na Constituição da República e uso de cláusulas gerais. Ocorre a reunificação axiológica não mera aplicação dos princípios gerais do direito, estes não se confundem com os princípios constitucionais. Por isso, busca-se o conjunto de princípios incidentes sobre questões bioéticas, que devem reger os fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina (TEPEDINO,

Os princípios constitucionais aplicáveis às situações existenciais são: i) dignidade da pessoa humana; ii) princípio da autonomia; iii) princípio da solidariedade social; iv) princípio da precaução; v) princípio da prevenção; vi) princípio da inalienabilidade do corpo humano; e vii) princípio da liberdade científica e da livre iniciativa. Esses princípios jurídicos guardam correspondência com os da bioética, por identidade de valores, advindos da relação entre ética e direito, mas não se igualam.⁵⁸

No caso das novas situações jurídicas acima apontadas é possível indicar que são reguladas basicamente por normas deontológicas, resoluções do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Saúde. Atualmente, a reprodução humana assistida é regulada pela Resolução nº 2.168/2017 do CFM;⁵⁹ as diretivas antecipadas de vontade, pela Resolução nº 1.995/2012; as pesquisas em seres humanos,^{60 61} pela Resolução nº 466/2012 do CNS; as pesquisas dirigidas às ciências sociais e humanas pela Resolução nº 510/2016, do CNS; e Resolução nº 251/1997, referente aos ensaios clínicos,⁶² e as cirurgias de transgenitalização, pela Resolução nº 1.995/2010 do CFM, lidas em conjunto com o Código de Ética Médica, Resolução nº 1.931/2009 do CFM, e outras normas técnico-administrativas da Anvisa, Ministério da Saúde.

Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 5, p. 167-189, 1998. *Passim*).

⁵⁸ “não se trata da mera transposição de normas bioéticas para o Direito; essas podem ser observadas e mesmo orientar a formulação de normas jurídicas, desde que não colidam com os princípios de direito. Na verdade, a possibilidade de colisão é remota, na exata medida da relação existente entre Ética e Direito. Contudo, não seria razoável resolver-se conflitos jurídicos exclusivamente em princípios da Bioética” (BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 71).

⁵⁹ No âmbito do direito pátrio, a questão vem sendo negligenciada no que diz respeito à produção legislativa, apesar da existência de alguns projetos de lei do Senado: i) Projeto Original – nº 90, de 1999 – sobre a reprodução assistida; ii) Projeto substituto, nova redação, arquivado em 2007 – amplia o uso da técnica para união estável etc.; iii) Projeto de Lei nº 1.184, de 2003 – amplia a técnica para pessoas solteiras, proíbe a gestação de substituição; iv) Projeto de Lei nº 4.892/2012 – Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais; e v) Projeto de Lei nº 115/20015 – Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Conforme informações constantes na página do Senado na internet, os projetos de lei sobre reprodução humana assistida estão apenas uns aos outros (BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 115/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 4 jun. 2018).

⁶⁰ Deu início no Senado Federal a tramitação e aprovação, com emendas, do Projeto de Lei nº 200 de 2015, que “dispõe sobre princípios, diretrizes e regras para a condução de pesquisas clínicas em seres humanos por instituições públicas ou privadas”, e que está em tramitação na Câmara dos Deputados; Projeto nº 7.082/2017, “Dispõe sobre a pesquisa clínica com seres humanos e institui o Sistema Nacional de Ética em Pesquisa Clínica com Seres Humanos”, recentemente aprovado pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, com emendas (BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 7082/2017*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2125189>>. Acesso em: 26 abr. 2018).

⁶¹ Para Eduardo Tomasevicius Filho, apesar de não existir no Brasil lei específica sobre pesquisas em seres humanos, não existiria uma lacuna, pois o Código Civil “trata de diversos assuntos diretamente relacionados a esse tema, em termos de personalidade e capacidade, autonomia, relações familiares e responsabilidade civil” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Civil brasileiro na disciplina da pesquisa com seres humanos. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 2, 2015. p. 119).

⁶² Nos termos do art. 6º, XXII, da Resolução RDC nº 9/2015 da Anvisa, ensaios clínicos são pesquisas conduzidas para “confirmar os efeitos clínicos e/ou farmacológicos e/ou qualquer outro efeito farmacodinâmico do medicamento experimental e/ou identificar qualquer reação adversa ao medicamento experimental e/ou estudar a absorção, distribuição, metabolismo e excreção do medicamento experimental para verificar sua segurança e/ou eficácia” (BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 9, de 20 de fevereiro de 2015. Dispõe sobre o Regulamento para a realização de ensaios clínicos com medicamentos no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, seção 1, n. 41, 3 mar. 2015. p. 69).

A existência dessas normas suscita diversas dúvidas quanto à sua aplicação pelos operadores do direito, seja no momento de orientar na forma como operacionalizar as relações jurídicas tratadas nas resoluções como na solução de conflitos delas decorrentes. Citam-se como exemplo as inquietudes no âmbito da reprodução humana assistida, os negócios jurídicos que serão celebrados entre as pessoas envolvidas participantes das técnicas, clínicas especializadas, doadores de gametas masculinos e femininos e embriões (prestação de serviço, depósito, doação, troca ou permuta, aluguel, compra e venda etc.), descarte de materiais genéticos; garantia ou não do anonimato frente ao direito ao conhecimento da origem genética;⁶³ e quais normas e princípios orientarão as decisões judiciais em casos de conflitos. Outra área sensível é a da observância das diretivas antecipadas de vontade (testamento vital, procuradores para cuidados de saúde),⁶⁴ a forma como devem ser expressas as escolhas prévias dos pacientes acerca da disposição de seu próprio corpo quando estiverem impossibilitados de fazê-las (escrita, verbal, no prontuário, por instrumento público?), como dar efetividade ao exercício de sua autonomia prospectiva, propiciar o conhecimento por terceiros, pelos profissionais de saúde e família, o prazo de sua duração, quais as consequências de sua não observância (responsabilidade civil, disciplina, penal?), entre outros conflitos. Seria a solução enquadrá-las na estrutura formal do testamento já existente, no contrato de mandato? Como garantir o exercício pleno da autonomia da mudança de sexo, o direito à alteração do nome no processo de transgenitalização? E, por fim, no que tange à participação em pesquisas com novos medicamentos, diversas questões se colocam sem respostas tanto no campo ético quanto jurídico, como a possibilidade de participação de crianças e incapazes,⁶⁵ como se dá o processo decisório de autorização, o consentimento livre e esclarecido, se cabe em pesquisas sem fins terapêuticos; se é permitido o uso de placebo como critério de controle; a quem dos agentes que integram a pesquisa pode ser atribuída a responsabilidade civil pelos danos causados aos participantes de pesquisa clínica,⁶⁶ o regime jurídico aplicável, o direito de se retirar da pesquisa, de obter o medicamento em teste, entre outros.

O Conselho Federal de Medicina é autarquia federal que orienta as condutas dos profissionais médicos e pessoas a eles atreladas, e o Conselho Nacional de Saúde integra o Ministério da Saúde, órgão do Poder Executivo, instância máxima de deliberação do SUS. A primeira indagação que surge é quanto à força normativa dessas normas e sua natureza jurídica, e se devem ser aplicadas ou não pelo Poder Judiciário. As portarias, resoluções,

⁶³ Cabe trazer à colação decisão acerca do sigilo dos dados do doador: TJ/RS. Agravo de Instrumento nº 70052132370. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, Oitava Câmara Cível, j. 4.4.2013.

⁶⁴ Indica-se a leitura: BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFam, Ordem dos Advogados do Brasil, 2002. Temário III, cap. 2, p. 379-389; LÓBO, Paulo. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004.

⁶⁵ Cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A participação de crianças e adolescentes em ensaios clínicos: uma reflexão baseada nos princípios do melhor interesse, solidariedade e autonomia. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Org.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1. p. 191-215.

⁶⁶ A respeito do assunto: PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *A responsabilidade civil como instrumento de proteção à pessoa humana nos ensaios clínicos*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. No prelo.

técnicas e instruções de serviço são normas administrativas,⁶⁷ elaboradas diretamente pelo Poder Executivo ou pelas autarquias, editadas com respaldo constitucional por força do disposto nos arts. 5º, XIII, 48, XI, 87, II, 88, 198, todos da Constituição Federal, e decorrem do poder administrativo de polícia conferido aos órgãos. A inobservância dessas normas deontológicas gera consequência no âmbito ético-disciplinar,⁶⁸ o que não afasta a aplicação da responsabilidade civil e criminal quando presentes seus requisitos ensejadores.

As referidas resoluções, que têm orientado os profissionais de saúde e vêm sendo objeto de estudos pelos civilistas, já estão sendo aplicadas pelos Tribunais que reconhecem sua força normativa.⁶⁹ No entanto, não serão aplicadas quando, em cotejo com os valores e princípios constitucionais,⁷⁰ demonstrarem sua inobservância.⁷¹

A dinamicidade dos fatos sociais e da realidade econômica acirrada pelas inovações tecnológicas incessantes e as mudanças normativas no plano ético e deontológico dessas novas situações jurídicas demandam novas soluções aos casos concretos, que devem ser julgadas por meio de uma interpretação coerente com o sistema jurídico.

A segurança jurídica não é sinônimo de imutabilidade, ela se alcança na sua vertente norma-princípio do ordenamento jurídico pátrio ao se analisar no caso concreto se há o respeito à primazia da pessoa real, com base nos ensinamentos de Stefano Rodotà,

⁶⁷ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 107-111.

⁶⁸ A título de exemplo, no âmbito da ética médica aplica-se a Resolução nº 2.145/2016 do CFM, alterada pela Resolução nº 2.158/2017 do CFM, que aprova o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs).

⁶⁹ A respeito do tema merece a leitura: VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Decisões judiciais no campo da biotecnologia: a bioética como fonte de legitimação. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 27, p. 28-37, 2013. Disponível em: <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd27_art-tesesco.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016. A respeito da aplicação da Resolução nº 1.995/2012 do CFM merece citar o seguinte julgado que permitiu a ortotanásia prevista no testamento vital: TJ/RS. Apelação Cível nº 70054988266. Rel. Irineu Mariani, Primeira Câmara Cível, j. 20.11.2013. Em relação a caso envolvendo pesquisa em seres humanos, fornecimento de medicamento experimental, cabe análise do seguinte julgado: TJ/RS. Agravo de Instrumento nº 70018752733. Rel. Ricardo Raupp Ruschel, Sétima Câmara Cível, j. 25.4.2007.

⁷⁰ A inconstitucionalidade de algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM como a Resolução nº 1.805/2006, que trata da ortotanásia, e a Resolução nº 1.995/2012, referente às diretivas antecipadas de vontade, já foi suscitada em ações civis públicas. Em relação à primeira resolução, foi proposta ação civil pública, em 9.5.2007, pelo Ministério Público Federal – MPF, contra o Conselho Federal de Medicina, que tramitou na Décima Quarta Vara Federal do Distrito Federal (Processo nº 2007.34.00.014809-3). Na ação o MPF sustentou que a questão desafia previsão por meio de lei, não tendo o CFM competência para legislar, além de não poder regulamentar, como ética, uma conduta tipificada como crime. Foi proferida sentença que julgou improcedente a ação civil pública, da qual não houve recurso, sob o fundamento de que a conduta balizada pelo CFM não se enquadraria como crime (Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2016). Quanto à segunda resolução, o Ministério Público Federal do Estado de Goiás promoveu ação civil pública com pedido de liminar contra o CFM (Processo nº 001039- 86.2013.4.01.3500), perante a Primeira Vara Federal em Goiânia, alegando a ilegalidade e a inconstitucionalidade da resolução, entre outros pedidos. A r. sentença julgou improcedentes os pedidos, confirmando a rejeição da liminar, mas recurso fora interposto com a remessa ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3050404>>. Acesso em: 4 jun. 2018).

⁷¹ Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça deixou de aplicar a resolução do Conselho Federal de Medicina, especificamente no que se refere à necessidade de sigilo acerca da identidade dos doadores de gametas, permitindo, no caso concreto, a doação de óvulos de uma irmã para outra (STJ. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.042.172/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães. Brasília, 21 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1042172&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 4 jun. 2018).

em artigo intitulado *Dal soggetto alla persona*,⁷² e que remete à desconstrução da ideia do sujeito abstrato que durante muito tempo ocupou o pensar do jurista para uma análise do sujeito em concreto. O centro de determinada situação existencial é a pessoa e a solução de qualquer conflito deve ter como norte o respeito a sua autonomia dentro de uma solidariedade social na moldura constitucional vigente. As tentativas de confinar as situações jurídicas em modelos perfeitos acabam por colocar em xeque a própria liberdade e capacidade de autodeterminação das pessoas.

A leitura interpretativa das situações existenciais se dará não sob um viés patrimonialista, mas ético-social, de forma a promover a harmonia entre livre iniciativa e justiça social.

A ausência de leis regulando essas novas situações existenciais, apesar de gerar aparente insegurança jurídica, não é sinônimo de fragilidade total, pois ao longo da história restou demonstrada a insuficiência dos arquétipos legislativos. É possível encontrar dentro do arcabouço normativo e da axiologia constitucional uma moldura para as situações existenciais concretas, sem com isso abandonar a necessidade de um atuar legislativo em prol da força construtiva dos fatos sociais complexos.

A segurança jurídica não está nas categorias abstratas, na estabilidade estática de uma ordenação, mas, nas palavras de Eroulths Cortiano Junior e André Luiz Arnt Ramos,⁷³ no equilíbrio em movimento, na análise do objeto em concreto.

Considerações finais

A construção de um renovado conceito de segurança jurídica, desta vez na medida da pessoa humana e de suas demandas existenciais, é tarefa emergencial diante da nova ordem de valores estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Na legalidade constitucional, a segurança jurídica deve ser concebida, tal qual o próprio direito civil contemporâneo, “como serviço da vida, a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo”.⁷⁴

O longo caminho que se tem pela frente para delinear institutos jurídicos não mais voltados para o antigo sujeito patrimonial é, nas palavras de Fachin:

uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas, uma teoria crítica construindo um modo diverso de ver. E aí, sem deixar de ser o que é, se reconhece o “outro” Direito Civil.⁷⁵

⁷² RODOTÁ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Edizione Scientifica, 2007.

⁷³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da teoria do direito. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 4, p. 1-25, 2015.

⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 18.

⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 6.

Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFam, Ordem dos Advogados do Brasil, 2002.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CASTRO, Regina Celia Figueiredo. Registros de ensaios clínicos e as consequências para as publicações científicas. *Revista da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto e do Hospital das Clínicas da FMRP Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto*, v. 42, n. 1, 2009.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. O papel criativo do juiz na legalidade civil-constitucional. *Pensar (Unifor)*, v. 21, p. 721-750, 2016.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da teoria do direito. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 4, p. 1-25, 2015.
- DWORKIN, Ronald. Law, philosophy and interpretation. *Archiv für Rechts-und Sozial philosophie*, v. 80, n. 4, p. 463-475, 1994.
- ENGELMANN, Wilson; BORGES, Gustavo Silveira. Responsabilidade civil médica pela utilização da nanotecnologia para modificação genética. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 65-99, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional na experiência brasileira. In: VICENTE, Dário Moreira et al. (Org.). *Estudos de direito intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica – Entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito civil constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais*. Florianópolis: Conceito, 2014.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 107-119, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana no direito civil. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.
- JONSEN, Albert R. *The birth of bioethics*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Princípio da segurança dos atos jurisdicionais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. Editorial. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 2, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/utilidade-principios/>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779, p. 47-78, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional do dano moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO NASCIMENTO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Os últimos 25 anos e o futuro. Editorial. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/os-ultimos-25-anos-e-o-futuro/>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios e valores. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *A responsabilidade civil como instrumento de proteção à pessoa humana nos ensaios clínicos*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. No prelo.

PERELMAN, Chaim. *O império retórico: retórica e argumentação*. Porto: Asa, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6/7, 1998/1999.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POST, Stephen Garrard. *Encyclopedia of bioethics*. 3. ed. Nova Iorque: Macmillan Reference USA, 2003.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder e o socialismo*. 4. ed. São Paulo: Graal, 2000.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1962.

RODOTÁ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Edizione Scientifica, 2007.

RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 5, n. 19, p. 65-107, jul./set. 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos. *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana*. Madri: Editorial Universitaria Ramon Areces, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia a e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO NASCIMENTO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A participação de crianças e adolescentes em ensaios clínicos: uma reflexão baseada nos princípios do melhor interesse, solidariedade e autonomia. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Org.). *O direito*

civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 5, p. 167-189, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV/V, n. 4/5, p. 167-175, 2003/2004.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras. *Rev. TST*, Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Velhos e novos mitos na teoria da interpretação. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, n. 28, 2006.

TERRA, Aline Miranda Valverde; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Considerações acerca do estatuto jurídico do corpo humano. *Revista dos Tribunais*, v. 952, p. 37-58, fev. 2015.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Civil brasileiro na disciplina da pesquisa com seres humanos. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 2, 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 145, p. 197-199, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569/r145-20.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Decisões judiciais no campo da biotecnociência: a bioética como fonte de legitimação. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 27, p. 28-37, 2013. Disponível em: <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd27_art-tesesco.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; CASTRO, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de. Dilemas e desafios da segurança jurídica nas situações jurídicas existenciais. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 55-74. ISBN 978-85-450-0562-9.
