

## CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO JURÍDICO DO CORPO HUMANO

---

### ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA

Mestra em Direito Civil pela UERJ. Doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Professora da Pós-graduação da PUC-RJ. Professora da Pós-graduação do Curso de Direito Civil-Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (Ceped-UERJ).

### PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA

Mestra em Direito Civil pela UERJ. Pós-graduada em Advocacia pela Ceped-UERJ. Pós-graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Professora da Pós-graduação *Latu Sensu* do Curso de Direito Civil-Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (Ceped-UERJ) e da Pós-graduação da PUC-RJ.

**ÁREA DO DIREITO:** Civil; Constitucional; Processual

**RESUMO:** Os atos de disposição do corpo humano, como a possibilidade de alienação de órgãos e tecidos, o "aluguel" de útero (maternidade por substituição), a automutilação e a "doação" de esperma e óvulos para viabilizar a reprodução humana assistida, sempre foram objeto de questionamentos entre os aplicadores do direito. Isso porque, o tema requer o enfrentamento de questões sensíveis para o direito, como os limites da autonomia existencial e a regulação de novas situações jurídicas existenciais, cuja finalidade reside na tutela da dignidade da pessoa humana. Recentemente, a Res. CNS 196/1996, que regulava as pesquisas em seres humanos no Brasil, foi substituída pela Res. CNS 466/2012, que previu a possibilidade de pagamento aos participantes de ensaios clínicos da fase 1 ou bioequivalência, a aumentar, ainda mais, as controvérsias em torno do tema. Por essas razões, o presente artigo se propõe enfrentar a (im)possibilidade de mercantilização do corpo humano bem como a (in)admissibilidade de inclusão de situações jurídicas existenciais no âmbito do direito das obrigações.

**ABSTRACT:** The disposition of the human body as a possibility of tissue and organ sales; womb "rental" (motherhood for replacement); self mutilation and ovule and sperm "donation" to fease the human assisted reproduction, has always been the subject of divergences and questions among law operators. This is due to the fact that the subject treats not only private existing autonomy limits, but it regulates the new existing juridical situations, as well. All of that to protect human dignity. Recently, the Resolution from CNS 196/1996 – Conselho Nacional de Saúde (National Health Agency) which regulated the research in humans in Brazil has been altered and replaced by the Resolution from CNS 466/2012 which forecast the possibility of remuneration to the participants in clinical trial of Phase 1 or bioequivalence, which has been increasing, even more the controversies about the theme. Due to these reasons, the present study proposes to treat the (im)possibility of commercialization of the human body and the (in)admission of inclusion into existing juridical in the sense of duty law.

**PALAVRAS-CHAVE:** Corpo humano - Autonomia - Mercantilização - Obrigações - Dignidade humana.

**KEYWORDS:** Human body - Autonomy - Commercialization - Duties - Human dignity.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. A impossibilidade de mercantilização do corpo humano. Crítica à remuneração pelos ensaios clínicos - 3. A inadequação do direito das obrigações para disciplinar negócios jurídicos existenciais - 4. Conclusão - 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Em maio de 2008, a Revista *Superinteressante* publicou matéria sob o título “E se a venda de órgãos fosse legalizada?”, em que o economista Gary Becker, ganhador de Prêmio Nobel por sua análise do comportamento humano, afirmou: “O incentivo financeiro aumentaria a quantidade de transplantes e acabaria com as filas”.<sup>1</sup> Em setembro de 2010, a Revista *Veja* publicou entrevista com o pesquisador uruguaio Roberto Abadie,<sup>2</sup> em que ele afirmava: “Ser cobaia humana virou uma profissão”.<sup>3</sup> Outra reportagem, veiculada no *Estadão* em outubro de 2013 sobre o vídeo *Corpo Americano*, aborda os valores usualmente pagos por diversas partes do corpo humano.<sup>4</sup> As matérias referidas abordam dois temas que ganharam, nos últimos anos, especial destaque nos debates jurídicos, sobretudo em função da cláusula geral de tutela da pessoa humana consagrada na Constituição da República, e que merecem ser investigadas de

1. Disponível em: [<http://super.abril.com.br/saude/se-venda-orgaos-fosse-legalizada-447505.shtml>]. Acesso em: 20.03.2014.
2. Roberto Abadie, quando morou em Quebec, no Canadá, fazia mestrado e, por necessidades financeiras, foi seduzido por diversos anúncios na TV e jornais, que clamavam por homens saudáveis em busca de dinheiro, para servir de testes para novos remédios da indústria farmacêutica. Ele se submeteu a duas experiências, que lhe renderam cerca de 1.000 dólares. Sua experiência pessoal deu origem ao livro: *The professional guinea pig*, que trata da profissionalização da “cobaia” humana, abordando como a indústria farmacêutica americana tira proveito das pessoas que se submetem aos testes. Disponível em: [<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/a-industria-farmacautica-tira-vantagem-de-gente-pobre-e-vulneravel-diz-pesquisador>]. Acesso em: 18.09.2013.
3. Disponível em: [<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/a-industria-farmacautica-tira-vantagem-de-gente-pobre-e-vulneravel-diz-pesquisador>]. Acesso em: 20.03.2014.
4. Disponível em: [<http://blogs.estadao.com.br/radar-economico/2013/10/16/americanos-vendem-o-corpo-por-ate-r-150-mil>]. Acesso em: 10.03.2014.

forma mais detida: a (im)possibilidade de mercantilização do corpo humano e a conseqüente (in)admissibilidade de inclusão de situações jurídicas existenciais no âmbito do direito das obrigações.

## 2. A IMPOSSIBILIDADE DE MERCANTILIZAÇÃO DO CORPO HUMANO. CRÍTICA À REMUNERAÇÃO PELOS ENSAIOS CLÍNICOS

Consoante já advertiu Stefano Rodotà, contemporaneamente o corpo humano assume nova feição, sobretudo em razão da perda de sua unidade.<sup>5</sup> Tornou-se possível, a partir dos recentes avanços tecnológicos, sua decomposição em partes cada vez menores (órgãos, tecidos, sangue, gametas, células), a permitir sua circulação e utilização em corpos diversos dos que lhes deram origem. Ao lado dessa possibilidade de “fragmentação” física do corpo humano, assiste-se à sua paulatina perda de materialidade, em razão da crescente atribuição de relevância aos dados genéticos, biométricos e aqueles relativos à saúde do sujeito. O corpo assume, assim, além de sua dimensão como unidade física, outras dimensões paralelas e complementares, a exemplo da dimensão física fragmentada, da virtual e da biológica, dentre outras.

Nesse cenário, o direito de dispor do próprio corpo e, sobretudo, de suas fragmentações físicas passa a ser objeto de viva discussão, já que pode conduzir à redução do corpo à coisa, a um dos tantos objetos de propriedade disponíveis e comercializáveis. É no campo do Biodireito que a concepção de “propriedade” sobre o corpo ganha força,<sup>6</sup> vide os inúmeros exemplos corriqueiramente identificados: a “doação” de órgãos, sangue, gametas e embrião, a cessão temporária de útero para gestação de filhos de terceiros (maternidade

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

6. Cite-se, nesse sentido, o caso *Moore v. Regents of University of California* (1990), em que o paciente, Sr. Moore, teve células de seu pâncreas retiradas cirurgicamente e utilizadas em pesquisa. Após o procedimento, o médico, vinculado à Universidade da Califórnia, utilizou-as para desenvolver uma linhagem celular com finalidade comercial. A Suprema Corte de Justiça da Califórnia, em ação proposta pelo Sr. Moore, deu ganho de causa à Universidade da Califórnia. Os juízes afirmaram que um paciente não tem direito de propriedade sobre as suas células, que foram retiradas em uma cirurgia, por considerá-las material biológico descartado. Destacaram, porém, que o médico deveria informar previamente aos pacientes de quem são retirados os materiais seus interesses pessoais de pesquisa e econômicos. Disponível em: [<http://biodiritto.org/index.php/people/item/115-caso-moore>]. Acesso em: 10.08.2013.

por substituição)<sup>7</sup> etc. Afirma-se, nessa direção, que referidas partes do corpo são mesmo “coisa”, objeto de direito de propriedade e, portanto, passíveis de disposição.<sup>8</sup> Este, todavia, não parece ser o entendimento mais consentâneo com a legalidade constitucional.

O corpo e as partes que dele se separam devem ser concebidos no âmbito dos direitos da personalidade e, por isso, demandam tratamento diferenciado, protetivo.<sup>9</sup> Todavia, a medida desse tratamento protetivo há de ser investigada. É precisamente neste ponto que se questiona a legitimidade do Estado impor restrições à disposição sobre o próprio corpo das pessoas, inclusive no que tange à possibilidade de perceber remuneração como contrapartida dessa disposição.<sup>10</sup>

7. Na Índia é permitida a remuneração pela gestação por substituição. Disponível em: [www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/10/131001\_barriga\_aluguel\_india\_an.shtml]. Acesso em: 04.10.2013.

8. Carlos Alberto Bittar sustenta que as partes separadas do corpo são consideradas coisas (*res*), suscetíveis de submissão à propriedade do titular, objetos de direito, que podem ingressar na circulação jurídica. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

9. “A doutrina diverge sobre a natureza jurídica do direito à integridade do homem. Tradicionalmente, sustenta-se que constitui um direito de propriedade. Trata-se da concepção de que o ser humano existencial é intangível e que a violação do corpo humano só seria possível por meio de expresso consentimento do titular, portanto, desde que não se conjugue à violação fática nenhuma violação de direito. Contudo, nos dias atuais, esse posicionamento jusromanista não encontrará unânime acolhida. Poder-se-á afirmar ser inaceitável tratar o corpo humano e a integridade física como direito de propriedade, já que em sendo proprietário, o homem teria o amplo poder de disposição. Daí a mutilação e a destruição do próprio corpo resultariam autorizadas. Em drástica análise, também o suicídio seria legitimado. Portanto, não há que se confundir o direito à integridade física com o poder do proprietário, de dispor da coisa que lhe pertencer.” NAVES, Bruno Torquato de Oliveir. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 291.

10. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. “Não se admite a validade das normas jurídicas atinentes aos direitos de personalidade que não estejam justificadas na proteção contra atos de terceiros. O argumento, utilizado por muitos, de que o direito deve proteger o indivíduo contra si mesmo, imputando a este uma série de deveres ou proibições que a ninguém interessa, pode encontrar sentido em fundamentalismos religiosos ou morais ou, ainda, em debates movidos pelo preconceito ou pelo autoritarismo, mas não pode ter espaço no terreno jurídico, sob pena de se utilizar o direito, mais do que nunca, como instrumento de opressão. (...) Constituindo os direitos de personalidade o reflexo jurídico do que há de mais íntimo, de mais próprio da pessoa, ao direito só cabe intervir se a consequência de tal atuação exceder a esfera jurídica da própria pessoa.

Stefano Rodotà<sup>11</sup> define como espaço *indecidibile per illegislatore*<sup>12</sup> o espaço no qual a decisão da pessoa é a única verdadeiramente legítima quando estiverem em jogo questões afetas à sua personalidade. Existiria, assim, um núcleo duro, uma verdadeira blindagem aos espaços existenciais de maior intimidade da pessoa humana, que não estariam, portanto, sujeitos à invasão do legislador infraconstitucional, do Poder Judiciário, do Poder Executivo ou de outro particular. A vida privada existencial estaria resguardada de interferências externas. Todavia, sustenta o mesmo autor a possibilidade de interferências heterogêneas dirigidas à tutela da pessoa humana, sobretudo quando a decisão individual repercutir na esfera privada de terceiros, em respeito à dimensão social da ação.<sup>13</sup> A rigor, o exercício da autonomia privada não é um valor em si mesmo, mas está inserido na legalidade constitucional, pelo que só será merecedora de tutela se e enquanto realizar algum valor constitucionalmente relevante.<sup>14</sup>

O Código Civil regula os atos de disposição do próprio corpo vivo no capítulo referente aos direitos da personalidade Livro I, Título I, Capítulo II, art. 13 e 15, que devem ser lidos juntamente com o art. 11, que se refere às carac-

---

atingindo a esfera jurídica de terceiros, na forma de violação de direitos individuais, coletivos ou difusos de outros. O simples argumento moral não pode ser suficiente para permitir a intervenção do aparato jurídico ou judiciário na esfera privada de alguém, em sua intimidade, em sua privacidade, em suas opções de vida, assim como os importantes argumentos da solidariedade e da sociabilidade não justificam a funcionalização de tais direitos”. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106.

11. RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006.
12. Gustavo Tepedino e Samir Namur esclarecem que não há espaço de não direito porque o sujeito age dentro da liberdade conferida pelo ordenamento. Mesmo situações singelas como andar na praia, presentear, ouvir música são juridicamente relevantes, pois manifestação de um valor jurídico de liberdade, mesmo sem consequências jurídicas, eficácia jurídica, mas há relevância para o direito. NAMUR, Samir. A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 42. vol. 11. p. 131-148. abr.-jun., 2010. TEPEDINO, Gustavo. Unidade do ordenamento e teoria da interpretação. *Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30, p. iv. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2007.
13. RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006.
14. “Dessa forma, o poder de disposição atuante no âmbito das situações existenciais não escapa a uma análise de merecimento de tutela, segundo a sua função, pois da observância desta depende a qualificação do comportamento como exercício”. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 157. No mesmo sentido: SCHREIBER, Anderson. *Diretos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 26-27.

terísticas dos direitos da personalidade. Sustenta-se que, a despeito de o art. 11 do CC/2002 ser expresso quanto à intransmissibilidade e inalienabilidade dos direitos da personalidade,<sup>15</sup> a indisponibilidade é relativa.<sup>16</sup> A proibição de disposição estaria restrita àquela permanente ou total, de forma a garantir a preservação da estrutura física, psíquica e intelectual do sujeito, ou seja, sem sacrifício à sua dignidade humana.<sup>17</sup>

O ato de dispor do próprio corpo, de acordo com o art. 13 do CC/2002, encontra basicamente três limitações: (i) bons costumes;<sup>18</sup> (ii) diminuição permanente;<sup>19</sup> e (iii) ausência de exigência médica.<sup>20</sup> A Constituição de 1988,

- 
15. Ana Carolina Brochado Teixeira defende a inconstitucionalidade parcial do art. 11 ou interpretação de acordo com a efetiva proteção da pessoa humana determinada pela Constituição Federal. A autolimitação é possível nos casos previstos em lei. A lei deve ser lida na legalidade constitucional que ampararia a autonomia privada porque funcionalizada ao livre desenvolvimento da pessoa humana. Na verdade não se trata de renúncia, mas legítimo interesse. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
  16. BARBOZA, Heloisa Helena et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: Parte geral e obrigações (arts. 1.º a 420)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. I.
  17. Enunciado 4 do CJP: “Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Enunciado 139 do CNJ: “Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”. Enunciado: 274 do CNJ: “Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.
  18. Para Orlando Gomes “o conjunto de princípios que, em determinado tempo e lugar, constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
  19. Confira-se KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 15. p. 41-71, 2003.
  20. Casos das cirurgias estéticas, as cirurgias de transgenitalização. A Res. CFM 1.955/2010 dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, e o trata como doença, distúrbio. A cirurgia teria finalidade terapêutica, por isso tem-se, então, que a cirurgia de mudança de sexo não pode ser tida como mutiladora ou destrutiva, mas de índole corretiva, garantidora do livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, possuindo o condão de adequar o sexo morfológico ao sexo psíquico do indivíduo. “A intervenção sobre a pessoa para mudança de sexo é legítima desde que correspon-

por sua vez, disciplina a remoção de órgãos, tecidos, pesquisa em seres humanos, e proíbe expressamente a comercialização de órgãos e tecidos, como se verá de forma mais detida adiante.

Assume especial relevância nesta discussão recente regulamentação sobre os ensaios clínicos com seres humanos,<sup>21</sup> típica relação jurídica existencial, tendo em vista que a Res. CNS 466/2012 previu a possibilidade de pagamento aos participantes de ensaios clínicos da fase I ou bioequivalência.<sup>22</sup>

Os ensaios clínicos são compostos por quatro fases: (i) farmacologia clínica; (ii) pesquisa clínica; (iii) experimentos básicos; e (iv) experimentos clínicos após a comercialização do fármaco.<sup>23</sup>

A primeira fase<sup>24</sup> é realizada em número reduzido de pessoas – em média 30 a 100 –, em pessoas saudáveis, durante 9 a 24 meses, com doses baixas de me-

---

dente ao interesse da pessoa, que assim é não por capricho seu, mas porque constitui o resultado da avaliação objetiva das suas condições. Seria, portanto, antijurídico o comportamento do médico que intervesse para provocar uma modificação numa pessoa de sexo unívoco completamente sã”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 815-821.

21. O ensaio clínico, espécie de experimentação biomédica, é todo estudo sistemático com medicamentos a se realizar em seres humanos, saudáveis ou doentes, com o objetivo de investigar ou verificar os efeitos e/ou identificar qualquer efeito secundário dos medicamentos e/ou estudar a absorção, distribuição, metabolismo e excreção, a fim de determinar a sua eficácia e segurança (ALVES, Jeovanna Viana. *Ensaio Clínicos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003).
22. “Um estudo de bioequivalência tem por objectivo comparar as biodisponibilidades de dois medicamentos considerados equivalentes farmacêuticos ou alternativas farmacêuticas e que tenham sido administrados na mesma dose molar. Entende-se por equivalentes farmacêuticos os medicamentos que contêm a mesma substância activa, na mesma dose e na mesma forma farmacêutica”. Disponível em: [www.infarmed.pt/portal/page/portal/infarmed/medicamentos\_uso\_humano/avaliacao\_tecnico\_cientifica/avaliacao\_disponibilidade\_equivalencia]. Acesso em: 18.08.2013.  
Definição de bioequivalência pelo CHMP (EMA): “two medicinal products containing the same active substance are considered bioequivalent if their bioavailabilities (rate and extent) after administration in the same molar dose lie within acceptable predefined limits. These limits are set to ensure comparable in vivo performance, i.e. similarity in terms of safety and efficacy”. CHMP – Committee for Medicinal Products for Human Use. Guide line on the investigation of bioequivalence. Disponível em: [www.ema.europa.eu/docs/en\_GB/document\_library/Scientific\_guideline/2009/09/WC500003011.pdf]. Acesso em: 18.10.2013.
23. HOSSNE, William Saad; VIEIRA, Sonia. *Pesquisa médica: A ética e a metodologia*. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 70-72.
24. A Res. CNS 251/1997 define as fases dos ensaios clínicos.

dicamento, e sua finalidade é verificar as modificações orgânicas ou funcionais provocadas pela sua administração no organismo humano, chamada de farmacologia clínica. A segunda fase referente à administração de novo composto a um grupo restrito de enfermos e sob estreita vigilância, é efetuada em grupo de 100 pessoas, durante 12 a 24 meses, e tem como objetivo avaliar sua eficácia terapêutica, apreciando o interesse, o risco-benefício. Na terceira fase o experimento alcança grupos de centenas, milhares de pessoas/doentes (são os chamados ensaios multicêntricos), e visa a comparar um novo fármaco com os anteriores, analisando sua maior eficácia, menor taxa de efeito secundário, menor custo; nesta fase, há perícia clínica destinada a autorizar o uso do novo fármaco. Por último, passa-se à fase denominada fármaco-vigilância, em que se divulga entre a classe médica o novo “produto” do mercado.<sup>25</sup>

A Res. CNS 466/2012 distingue a natureza das remunerações possíveis ao prever, no item II.21, o ressarcimento, definido como “compensação material, exclusivamente de despesas do participante e seus acompanhantes, quando necessário, tais como transporte e alimentação”; a assistência integral vale dizer, “aquela prestada para atender complicações e danos decorrentes, direta ou indiretamente, da pesquisa” (item II.3, V.6),<sup>26</sup> e o pagamento de indenização entendido como a “cobertura material para reparação a dano, causado pela pesquisa ao participante da pesquisa” (item II.7, V.7).<sup>27</sup> A indenização decorre dos danos causados ao participante da pesquisa, dando ensejo à aplicação do instituto da responsabilidade civil.<sup>28</sup>

25. ALVES, Jeovanna Viana. *Ensaios clínicos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 51-53.

26. Res. CNS 466/2012 – “V. 6 – O pesquisador, o patrocinador e as instituições e/ou organizações envolvidas nas diferentes fases da pesquisa devem proporcionar assistência imediata, nos termos do item II.3, bem como responsabilizarem-se pela assistência integral aos participantes da pesquisa no que se refere às complicações e danos decorrentes da pesquisa”.

27. Res. CNS 466/2012 – “V. 7 – Os participantes da pesquisa que vierem a sofrer qualquer tipo de dano resultante de sua participação na pesquisa, previsto ou não no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, têm direito à indenização, por parte do pesquisador, do patrocinador e das instituições envolvidas nas diferentes fases da pesquisa”. Res. CNS 251/1997 – “III.1 – Reafirma-se a responsabilidade indelegável e intransferível do pesquisador nos termos da Res. CNS 196/1996. Da mesma forma reafirmam-se todas as responsabilidades previstas na referida Resolução, em particular a garantia de condições para o atendimento dos sujeitos da pesquisa”.

28. Res. CNS 466/2012 – “II.7 – indenização – cobertura material para reparação a dano, causado pela pesquisa ao participante da pesquisa”. Essa definição não afasta a indenização por danos morais, aplicando a lei que regula o instituto da responsabilidade civil.

Dickert e Grady, ao tratarem da remuneração concedida aos sujeitos de pesquisa, apresentam quatro modelos de pagamento: (i) modelo de mercado, alicerçado no princípio da oferta e da demanda, que determina se e qual valor os sujeitos devem receber para participar de determinado estudo em local específico; (ii) modelo de salário-pagamento, que iguala a participação em pesquisa a outras formas de trabalho não qualificado, haja vista que requer pouca habilidade, mas exige tempo, esforço e resistência a procedimentos indesejáveis ou incômodos; (iii) modelo de reembolso, em que o pagamento é oferecido apenas para cobrir as despesas dos participantes; e (iv) modelo de agradecimento, em que a quantia paga equivale a uma recompensa ou símbolo de gratidão pela contribuição do participante para a pesquisa.<sup>29</sup>

A rigor, dentre os modelos definidos pelos autores, apenas o modelo reembolso não suscita questionamentos quanto à sua admissibilidade, uma vez que restrito ao ressarcimento de despesas, e se revela, inclusive, como direito do participante de pesquisa.<sup>30</sup> Destaque-se, apenas, que essa quantia não pode ultrapassar os limites reais das despesas, sob pena de descaracterizá-lo. Da mesma forma deve ser compreendido o pagamento previsto na referida Resolução do CNS decorrente da responsabilidade dos agentes pelos danos causados ao participante da pesquisa, que sequer pode ser afastado no termo de consentimento livre e esclarecido.<sup>31</sup> Sendo assim, os pagamentos contro-

29. DICKERT, N.; GRADY, C. What's the price of a research subject? Approaches to payment for research participation. *New England Journal of Medicine*. n. 3, vol. 341, p. 198-203, 1999. GRADY, C. Payment of clinical research subjects. *Journal of Clinical Investigation*. n. 7, vol. 115, p. 1681-1687, 2005.

30. "Pode-se reembolsar os sujeitos por ganhos não recebidos, gastos de viagem e outros gastos em que tiveram incorrido ao tomar parte em um estudo; os sujeitos podem, da mesma maneira, receber serviços médicos gratuitos. Pode-se também pagar ou compensar os sujeitos pelos inconvenientes sofridos e pelo tempo gasto, particularmente no caso daqueles que não obtêm benefícios diretos da pesquisa. Não obstante, os pagamentos não devem ser muito elevados nem os serviços médicos amplos o bastante para induzir os sujeitos potenciais a consentir em participar da pesquisa de forma pouco racional ('incentivo indevido'). Todos os pagamentos, reembolsos e serviços médicos proporcionados aos sujeitos devem ser previamente aprovados por um comitê de avaliação ética". PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2008, p. 297.

31. Res. CNS 466/2012 – "IV.4 – O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido nas pesquisas que utilizam metodologias experimentais na área biomédica, envolvendo seres humanos, além do previsto no item IV.3 supra, deve observar, obrigatoriamente, o seguinte: (...) c) não exigir do participante da pesquisa, sob qualquer argumento, renúncia ao direito à indenização por dano. O Termo de Consentimento Livre e Es-

vertidos previstos na Resolução se enquadram nos modelos de mercado, salário e agradecimento.

Com efeito, a remuneração aos participantes de ensaios clínicos – assim como nas demais hipóteses de remuneração por disposição do corpo humano ou de seus fragmentos – revela a crescente influência da lógica mercadológica no âmbito das relações existenciais.<sup>32</sup> Nessa esteira, sustenta-se que o pagamento aos participantes da experimentação é necessário para viabilizar a própria experimentação, tendo em vista as dificuldades de se encontrar voluntários, sobretudo quando se trata de ensaios clínicos não terapêuticos, em que não há benefício direto para o participante, o que ocorre, justamente, na fase I.

Todavia, dois são os principais argumentos contrários à remuneração: (i) a vulnerabilidade dos que participam dos ensaios clínicos em troca de valores pecuniários; e (ii) o tratamento prioritário conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro às situações jurídicas existenciais, a impedir a comercialização da pessoa humana.

Vulnerável é o indivíduo incapaz de proteger seus próprios interesses. A vulnerabilidade é uma característica ontológica dos seres humanos,<sup>33</sup> expostos

---

clarecido não deve conter ressalva que afaste essa responsabilidade ou que implique ao participante da pesquisa abrir mão de seus direitos, incluindo o direito de procurar obter indenização por danos eventuais<sup>32</sup>. Confira-se a respeito do tema: BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, L. L. (eds.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 205-233.

32. Michael J. Sandel coloca em debate os limites morais do mercado frente ao problema da desigualdade e corrupção, da afluência pela capacidade de comprar, e da atribuição de preços para as coisas boas da vida, o que corrompe o significado da cidadania. Por isso, propõe um repensar para o papel de mercado nas práticas sociais, nas relações humanas, e na vida cotidiana, e descobrir quais os valores governarão as diferentes áreas da vida cívica e social. SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: Os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.
33. Como ressaltado por Heloisa Helena Barboza, a vulnerabilidade é uma característica ontológica de todos os seres vivos, o que reforça a justificação da plena “tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como nas de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de contingências (vulnerabilidade potencializada ou vulnerados), como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana” (BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo*

constantemente aos riscos inerentes à vida em sociedade. Os participantes de ensaios clínicos, além da vulnerabilidade ontológica, ostentam vulnerabilidade secundária, em razão dos riscos a que são submetidos. A vulnerabilidade afigura-se ainda mais intensa quando o participante busca, com o ensaio, alcançar cura ou benefício terapêutico para a doença da qual é acometido, ou quando se submete ao ensaio por necessidade financeira.<sup>34</sup> Há, neste vulnerável, diminuição de sua capacidade de autodeterminação, razão pela qual fica prejudicada a concessão do consentimento livre e esclarecido para experimentação.<sup>35</sup>

Mais importante do que o argumento relativo à vulnerabilidade, é aquele segundo o qual a remuneração viola o princípio da dignidade humana por representar a retificação, a mercantilização da pessoa.<sup>36</sup> E é justamente para evitar referida coisificação da pessoa humana que se aplica aos negócios jurídicos existenciais o princípio da gratuidade,<sup>37</sup> segundo o qual o ato de autonomia existencial não pode ser praticado mediante contraprestação, que deve ser regido pela lógica da solidariedade, da caridade, intenção altruística, e não da equivalência. A gratuidade garante, ainda, a espontaneidade, eis que o mo-

---

*embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-423, p. 420).

34. Wendy Rogers e Angela Ballantyne dividem a vulnerabilidade em dois tipos: (i) vulnerabilidade extrínseca, decorre de circunstâncias externas, como falta de poder socioeconômico, pobreza, baixa escolaridade ou carência de recursos; e (ii) vulnerabilidade intrínseca, provocada por características que relacionadas com os próprios indivíduos, tais como doença mental, deficiência intelectual, doença grave ou os extremos de idade (crianças e idosos). ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: Vulnerabilidade e proteção. In: DINIZ, Debora; SUGAI, Andréa; GUILHEM, Dirce; SQUINCA, Flávia (orgs.). *Ética em pesquisa, temas globais*. Brasília: Ed. UnB, 2008, p. 123-152.
35. Leonardo Castro elenca “três condições importantes para que as decisões e ações de uma pessoa sejam consideradas autônomas ou autodeterminadas: (a) capacidade de avaliar e estabelecer juízos de valor; (b) capacidade de selecionar e entender informações relevantes; e (c) capacidade de avaliar racionalmente” CASTRO, Leonardo D. de. Pagamento a participantes de pesquisa. In: DINIZ, Debora; SUGAI, Andréa; GUILHEM, Dirce; SQUINCA, Flávia (orgs.). *Ética em pesquisa, temas globais*. Brasília: Ed. UnB, 2008, p. 219-251.
36. Confira-se, a respeito do tema, KONDER, Carlos Nelson; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. vol. III, p. 3-24.
37. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

tor econômico poderia se revelar como fator de pressão sobre a vontade do disponente, coerção indireta da liberdade de autodeterminação, a macular o consentimento livre.

O princípio da gratuidade nas situações existenciais encontra seu fundamento de validade no art. 199, § 4.º, da CF/1988 que, ao dispor sobre a assistência à saúde, veda a venda de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento. Referido artigo é regulado pela Lei 9.434/1997, que permite a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, sendo considerado crime a comercialização (art. 15), bem como pela Lei 10.205/2001, que dispõe sobre coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, e proíbe a remuneração ao doador pela doação de sangue e comercialização da coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados (art. 14, III; IV).

O Código Civil, por sua vez, se refere à gratuidade ao regular a disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte (art. 14 do CC/2002). Na mesma esteira, a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) que versa sobre pesquisa em células-troncoembrionárias obtidas de embriões humanos<sup>38</sup> produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, também veda a comercialização desse material biológico (art. 5.º, § 3.º, e 6.º, VII), sob pena de incidência no crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434/1997.

A respeito da remuneração de doação de sangue, mencione-se a decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STF nos autos da ADIn 3.512-6 que, por maioria, afastou a inconstitucionalidade da Lei do Estado do Espírito Santo, Lei 7.737/2004, sob o fundamento, dentre outros, da não violação à comercialização do sangue.<sup>39</sup>

38. “Não sendo pessoa, não é admissível, porém, pelos motivos apresentados, considerar o embrião humano como coisa, portanto, como objeto de direito, o que constituiria uma ofensa à dignidade humana. Impedir a coisificação do embrião humano, que permitiria sua utilização para fins menos nobres, como a fabricação de cosméticos, é dar-lhe proteção eficaz”. BARBOZA, Heloisa Helena. Embriões excedentários e a Lei de Biossegurança: o sonho confronta a realidade. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005, Belo Horizonte. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. p. 457-468.

39. “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 7.737/2004, do Estado do Espírito Santo. Garantia de meia-entrada aos doadores regulares de sangue. Acesso a locais públi-

Referida lei instituiu a meia entrada para doadores regulares de sangue, em todos os lugares públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e órgãos das administrações direta e indireta do estado do Espírito Santo. Entendeu o Rel. Min. Eros Grau não haver afronta ao art. 199, § 4.º, da CF/1988, uma vez que a própria Constituição prevê o estímulo à coleta de sangue, o que foi feito pela questionada lei estadual. O voto-condutor entendeu caracterizado o citado modelo remuneratório do agradecimento, e considerou a lei constitucional. Registre-se, por oportuno, que, em voto vencido, o Min. Marco Aurélio, entendeu que a lei do Espírito Santo não tratava de simples incentivo à doação de sangue, mas de verdadeira remuneração do doador.

Diante do quadro normativo indicado, entende-se vedado qualquer tipo de contrapartida financeira pela participação em ensaios clínicos. Por essa razão, mesmo o mais ínfimo pagamento com vistas a compensar a inconveniência e o tempo perdido converte-se em induzimento excessivo à submissão aos ensaios clínicos, tendo em vista as dificuldades concretas do voluntário, que o tornam vulnerável.<sup>40</sup> Entende-se, portanto, inconstitucional a remuneração prevista na Res. CNS 466/2012.

### 3. A INADEQUAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES PARA DISCIPLINAR NEGÓCIOS JURÍDICOS EXISTENCIAIS

Se a gratuidade deve reger as relações jurídicas estabelecidas a partir de situações jurídicas existenciais, insta investigar se referidas relações podem ser disciplinadas pelo direito das obrigações. Para tanto, importa analisar se a patrimonialidade da prestação erige-se como elemento fisionômico da relação obrigacional.

---

cos de cultura esporte e lazer. (...) 4. A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4.º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue. 6. Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente” (STF, ADIn 3.512-6/ES, j. 15.02.2006, rel. Min. Eros Grau).

40. KONDER, Carlos Nelson; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, vol. III, p. 3-24.

Contemporaneamente, a identificação da relação obrigacional não se faz apenas a partir de seus elementos estruturais;<sup>41</sup> imprescindível analisar seus três elementos fisionômicos:<sup>42</sup> dualidade das situações subjetivas; interesse do credor; e patrimonialidade da prestação.<sup>43</sup>

41. A rigor, a própria identificação dos elementos estruturais passou a ser alvo de críticas, e questiona-se mesmo a classificação dos sujeitos e do objeto como seus elementos. Afirma-se, de um lado, que o sujeito precede toda e qualquer relação jurídica, não podendo ser reduzido a um seu elemento estrutural (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89). De outro lado, assevera-se que o objeto “del contratto è, quindi, non la regola dettata, che del contratto costituisce il contenuto, ma il comportamento che la regola impone o il risultato che alla stessa immediatamente consegue: dati esterni alla struttura del contratto, designati genericamente come prestazioni” (CATAUDELLA apud GABRIELLI, Enrico. *Storia e dogma dell’oggetto del contratto*. *Rivista di Diritto Civile*. n. 2. ano L. Padova, mar.-abr. 2004, p. 342).
42. PERLINGIERI, Pietro. *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni. Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*. Napoli: ESI, 1990, p. 39-40, in verbis: “È utile pertanto, ai fini dell’individuazione della disciplina che si attagli all’obbligazione, analizzare di quest’ultima non tanto i profili esteriori rispondenti alla classificazione gaiana quanto – nel rispetto delle peculiarità del fatto concreto – la causa, il titolo, il tipo di interesse che tende a realizzare e la natura dei soggetti che ne sono i protagonisti”. Em outra obra, o mesmo autor destaca a importância de uma análise conjunta, unitária, dos perfis estrutural e funcional: “Il problema, como si vede, è complesso e va prospettato sotto vari profili, tutti distinti ma interdipendenti, e costituenti una problematica unitaria. L’analisi di una fattispecie non può essere compiuta soltanto in termini strutturali né in termini soltanto effettuali: cioè, il profilo strutturale e quello funzionale non sono sufficienti, autonomamente considerati, ai fini della qualificazione di un atto. Questa, invece, risulterà dalla sintesi degli effetti essenziali di quell’atto, prodotti immediatamente o in forma differita: anche l’effetto non ancora prodotto, perché differito, deve rientrare nel giudizio di qualificazione. Pertanto, da un punto di vista generale, va ribadito che la natura giuridica di un istituto consiste della sintesi dell’aspetto strutturale e dell’aspetto funzionale: ogni istituto giuridico dev’essere studiato sotto entrambi questi profili” (*Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: ESI, 2004, p. 28).
43. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: ESI, 2005, p. 217. Segundo o autor, as características fisionômicas são extraídas da definição de vínculo obrigacional como “un vincolo giuridico in virtù del quale il titolare della situazione c.d. debitoria è tenuto ad eseguire una prestazione, patrimonialmente valutabile, per soddisfare l’interesse, anche non patrimoniale, del titolare della situazione c.d. creditoria, il quale ha il potere di pretendere l’esecuzione di tale prestazione e può essere chiamato a cooperare con il debitore per consentirgli di adempiere esattamente” (p. 217). Confirma-se, ainda, GIORGIANNI, Michele. *Obbligazione (Diritto Privato)*. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1965. vol. XI, p. 29-150.

O elemento que interessa a esta investigação, e que ocupa, há muito, os debates jurídicos, sem que se tenha formado consenso quanto à questão<sup>44</sup> é o terceiro: a patrimonialidade da prestação. O Código Civil de 2002, assim como o de 1916, omitiu-se quanto à necessidade deste elemento, limitando-se a eleger como atributos da prestação apenas a licitude, a possibilidade e a determinabilidade (art. 104, II, do CC/2002).<sup>45</sup>

Afirma-se, de um lado, a dispensabilidade desta qualidade à prestação para configurá-la como obrigacional, ao argumento, dentre outros, de que a ordem jurídica tutela objetos que não podem ser pecuniariamente avaliados.<sup>46</sup> A observação é correta. Entretanto, não autoriza excluir a patrimonialidade da obrigação, uma vez que o ordenamento jurídico não se exaure no direito das obrigações, havendo outros domínios do direito civil que se ocupam de tais interesses.

Com efeito, a obrigação não se confunde com todo e qualquer *dever jurídico*; restringe-se às relações jurídicas com objeto patrimonial. Segundo observa Orozimbo Nonato, “outras relações, outros vínculos existem, de direito. Mas, se falece o conteúdo patrimonial como em certas relações de direito de família, fogem eles ao quadro do direito das obrigações”. E acrescenta: “a obrigação *lato sensu*, em significação ampla, no sentido de dever jurídico, pode, sem dú-

44. Giuseppe Grosso noticia que “la tesi affermativa fu criticata dal Windscheid, e soprattutto aspramente dal Jhering. L'argomentazione nutrita e brillante del Jhering scosse le basi dell'opinione dominante, ed ebbe largo seguito; ma si riaccese ben presto la polemica; ed il tema è stato ampiamente discusso dai romanisti come dai civilisti” (*Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1966, p. 145).

45. Conforme já dito e repetido pela doutrina, descomprometida com os “afagos recíprocos e escambo de vaidades”, o Código Civil de 2002 se inspira em movimentos legislativos ultrapassados, e reproduz o conceitualismo que identifica o direito civil como *locus* das relações patrimoniais, é retrógrado e demagógico, de técnica obsoleta. Não leva em consideração a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial. Em resumo, já nasce velho; mais velho do que os projetos de recodificação redigidos pelos maiores civilistas contemporâneos, entre as décadas de 1940 e 1970 (TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 7, p. iii-v. Rio de Janeiro, jul.-set. 2001).

46. Para análise mais detalhada acerca dos argumentos contrários à patrimonialidade da prestação, confira-se, dentre outros, KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. II, p. 280-296.

vida, encontrar-se no direito de família. Ela, porém, despertencará ao direito de obrigações, não constituirá obrigação *stricto sensu*”.<sup>47</sup>

A doutrina nacional manifesta-se, em sua maioria, a favor da patrimonialidade como característica essencial da prestação.<sup>48</sup> A questão é facilmente resolvida quando o objeto da obrigação recai ou guarda alguma relação com bem intrinsecamente patrimonial. Assim, a prestação de empreiteiro contratado para construir edifício é caracterizada como patrimonial, já que sua realização exige o emprego de bem econômico e desempenho de atividade remunerada do próprio empreiteiro, além de o edifício, uma vez construído, ser também dotado valor econômico. A dificuldade, contudo, surge quando a prestação não incide sobre bem material economicamente avaliável e, ademais, não produz novo bem econômico.

Com efeito, o critério a adotar a fim de aferir a patrimonialidade da prestação há de ser objetivo. Deve-se abandonar o critério subjetivo, que confere ao sujeito o poder de atribuir patrimonialidade à prestação com a só previsão de contraprestação pecuniária ou cláusula penal na hipótese de inadimplemento. Semelhante orientação encerra acepção anacrônica da patrimonialidade, focada no momento patológico da relação jurídica: a obrigação seria patrimonial em razão de seu inadimplemento produzir consequências patrimoniais. Vale dizer, como a consequência atribuída ao inadimplemento é patrimonial, o objeto da obrigação também o é.<sup>49</sup> Tal orientação não merece prosperar, uma vez que acaba por confundir o conteúdo da prestação com os efeitos do descumprimento.<sup>50</sup>

De acordo com o critério objetivo, determina-se a patrimonialidade a partir da valoração do comportamento do devedor, conforme o ambiente jurídico-social em que se insere a obrigação. Significa, pois, que a imposição de sacrifício econômico ao sujeito em contrapartida à prestação que lhe é devida não ofende os princípios da moral e dos bons costumes, e tampouco os ditames legais.<sup>51</sup> A patrimonialidade assim concebida se apresenta como conceito relativo; “l’evo-

47. NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. I, p. 162-163.

48. Confira-se NONATO, Orozimbo. *Op. cit.*, p. 140-141.

49. Assim se posiciona Orlando Gomes: “A patrimonialidade da prestação, objetivamente considerada, é imprescindível à sua caracterização, pois, do contrário, e segundo ponderação de Colagrosso, não seria possível atuar a *coação jurídica*, predisposta na lei, para o caso de inadimplemento” (*Obrigações cit.*, p. 24).

50. KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação *cit.*, p. 286.

51. GIORGIANNI, Michele. *L’obbligazione: La parte generale delle obbligazioni...* *cit.*, vol. I, p. 38.

luzione dei costumi e degli stili di vita può determinare la 'patrimonializzazione' di comportamenti, prestazioni o servizi che in altri contesti storico-sociali tale connotazione non presentavano: ciò esprime la mutevolezza dei confini della valutazione economica".<sup>52</sup>

Deste modo, a patrimonialidade da prestação resta configurada se for possível estabelecer valor em dinheiro para a prestação destinada a conferir ao credor utilidade (estimável economicamente na vida de relação, mas que, se considerada de *per si*, pode não admitir valoração em dinheiro), a satisfazer interesse típico, apreciável ou não pecuniariamente.<sup>53</sup>

A corrente não patrimonialista não atentou para a evolução do conceito e continua a afirmar a desnecessidade do caráter patrimonial do objeto da obrigação sustentando, justamente em contraposição à mencionada concepção ultrapassada de patrimonialidade, a existência de novos mecanismos de reparação de danos que não a mera condenação à reparação pecuniária. Além disso, afirma-se que o não enquadramento de deveres cujo objeto seja extrapatrimonial na categoria das obrigações significa atribuir-lhes tutela inferior àquela conferida aos objetos patrimoniais, o que representaria subversão da tábua axiológica do ordenamento brasileiro. Assevera-se que "o que deve ser observado é se o interesse do credor é digno de tutela pelo ordenamento, pois, do contrário, de obrigação não se tratará".<sup>54</sup>

Embora louvável a intenção de tal orientação, o enquadramento dos deveres não patrimoniais na estrutura dos direitos de crédito produz o resultado que se buscava evitar: rebaixa-os ao mercantil e mesquinho tratamento das situações patrimoniais, elaborado com o objetivo de permitir a circulação de valores econômicos no mercado.<sup>55</sup> Apesar do ato que cria deveres não patri-

52. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile...* cit., p. 223.

53. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milão: Giuffrè, 1953, vol. I, p. 54-55. Segundo Michele Giorgianni, "l'elemento centrale dell'obbligazione è perciò dato dal dovere del debitore, avente come contenuto un comportamento tale da soddisfare perfettamente l'interesse del creditore. La relazione strumentale tra questo comportamento e quell'interesse spiega, altresì, perchè l'interesse possa essere anche non patrimoniale, mentre il comportamento deve essere, necessariamente, suscettibile di valutazione economica" (*L'obbligazione: la parte generale delle obbligazioni...* cit., vol. I, p. 231).

54. CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12.

55. KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação... cit., p. 291.

moniais ser expressão da iniciativa privada, sua função não é suscetível de valoração patrimonial, a exigir garantias e tutelas especiais que se traduzem no plano da regulamentação.

O ordenamento jurídico pátrio atribui tutela prioritária as situações jurídicas existenciais, e instrumentaliza as situações jurídicas patrimoniais à sua realização. Nessa direção, afigura-se equivocado igualar, formalisticamente, dever cujo escopo seja a realização da personalidade humana, àquele que visa a proporcionar resultado patrimonialmente vantajoso para o credor. A diferença entre os atos de autonomia que dão ensejo a um e a outro dever é, sobretudo, de fundamento constitucional.<sup>56</sup> Quando a negociação diz respeito a situações subjetivas patrimoniais, o ato de autonomia se reconduz à liberdade econômica garantida pelo art. 170, IV, da CF/1988. Por outro lado, quando for objeto da negociação situação subjetiva não patrimonial, o fundamento constitucional reside na cláusula geral de tutela da pessoa humana.<sup>57</sup> Nessa direção, se, como afirma Pietro Perlingieri, “ao diverso fundamento corresponde uma diversa colocação na hierarquia das fontes”,<sup>58</sup> há que se reconhecer que ao diverso fundamento corresponde, também, uma diversa disciplina jurídica.

Tem-se, portanto, que “a patrimonialidade se refere à qualificação do dever jurídico, à determinação das normas que lhe são aplicáveis, mas não à sua

56. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 18.

57. Confira-se lição de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “As relações obrigacionais não se constituem em um fim em si mesmas, instrumentalizando-se para a realização da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988). A demarcação bem definida do conceito, dos elementos estruturais e da função da relação obrigacional permite ao intérprete apartá-las da lógica que preside as relações existenciais, evitando que se trate o *ter* pelo *ser*, perspectiva axiologicamente hostilizada pela ordem pública constitucional. Justamente aí situa-se a principal razão para a preservação do requisito da patrimonialidade das prestações nas relações obrigacionais. O tratamento privilegiado dos valores existenciais nos ordenamentos jurídicos contemporâneos faz com que, ao contrário dos bens patrimoniais, os valores existenciais não estejam, em regra, sujeitos à livre disposição das partes. A dignidade humana, a liberdade de pensamento, a integridade psicofísica e os demais atributos da personalidade não podem, nos exatos termos do art. 11 do Código Civil, sofrer limitação voluntária. Sendo irrenunciáveis e intransferíveis por definição, os valores existenciais encontram-se excluídos do âmbito negocial, e, como o negócio jurídico consiste na principal fonte das obrigações, é natural que tais valores estejam também distantes do tráfego obrigacional” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 11-12).

58. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional...* cit., p. 19.

relevância jurídica; esta, sim, é fixada a partir do merecimento de tutela dos interesses envolvidos”.<sup>59</sup> Nessa linha, deve-se reservar ao direito obrigacional apenas os objetos patrimoniais, reconduzindo a uma categoria mais ampla os objetos não patrimoniais.<sup>60</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, buscou-se empreender análise pontual e não exaustiva acerca do estatuto jurídico do corpo humano, a partir da qual se extraíram algumas conclusões, paulatinamente já referidas ao longo do texto. A fim de melhor sistematizá-las, passa-se, então, a elencar aquelas que assumem maior relevância para o tema proposto:

1. Assiste-se, hodiernamente, à fragmentação do corpo humano, a suscitar questionamentos relativos à natureza jurídica das partes separadas. Entende-se que tanto o corpo como as partes que dele se separam devem ser concebidos no âmbito dos direitos da personalidade a demandar tratamento diferenciado, protetivo.

2. O ato de autonomia existencial é regido pelo princípio da gratuidade, pelo que não pode ser praticado mediante contraprestação, e deve ser regido pela lógica da solidariedade, da caridade, intenção altruística, e não da equivalência.

3. O princípio da gratuidade nas situações existenciais encontra seu fundamento de validade no art. 199, § 4.º, da CF/1988.

4. A pessoa humana participante de ensaios clínicos merece especial tutela. A relação jurídica na qual os ensaios são concebidos encerra situação jurídica existencial, cujo alicerce se constrói sob a cláusula geral de tutela da personalidade, a afastar a possibilidade de remuneração aos voluntários, razão pela qual se entende inconstitucional a previsão de remuneração constante da Res. CNS 466/2012.

---

59. KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação... cit., p. 292.

60. Confira-se lição de Pietro Perlingieri: “A atenção é dedicada, em geral, ao contrato, em virtude da sua natureza de negócio patrimonial (...). A teoria dos atos, todavia, não se restringe a tais negócios e, sobretudo, deve-se levar em consideração que as expressões de liberdade em matéria não patrimonial ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional. Como categoria mais ampla do que o contrato coloca-se o negócio jurídico, ao qual se intenciona reconduzir toda manifestação de autonomia, patrimonial ou não” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional...* cit., p. 18).

5. As relações obrigacionais caracterizam-se pela patrimonialidade da prestação.
6. Determina-se a patrimonialidade da prestação a partir da valoração do comportamento do devedor, conforme o ambiente jurídico-social em que se insere a obrigação. Significa, pois, que a imposição de sacrifício econômico ao sujeito em contrapartida à prestação que lhe é devida não ofende os princípios da moral e dos bons costumes, e tampouco os ditames legais.
7. As situações jurídicas existenciais não podem ser disciplinadas pelo direito das obrigações, cujas normas foram concebidas para atender a interesses exclusivamente patrimoniais, sob pena de conduzir à mercantilização da pessoa humana.
8. Deve-se buscar a disciplina das relações cujo objeto é não patrimonial em categorias mais amplas, como a do negócio jurídico.

## 5. REFERÊNCIAS

- ALVES, Jeovanna Viana. *Ensaio clínico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- BARBOZA, Heloisa Helena et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: Parte geral e obrigações (arts. 1.º a 420)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. I.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Embrões excedentários e a Lei de Biossegurança: O sonho confronta a realidade*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005, Belo Horizonte. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milão: Giuffrè, 1953. vol. I.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CASTRO, Leonardo D. de. Pagamento a participantes de pesquisa. In: DINIZ, Debora; SUGAI, Andréa; GUILHEM, Dirce; SQUINCA, Flávia (orgs.). *Ética em pesquisa, temas globais*. Brasília: Ed. UnB, 2008.
- CATAUDELLA, apud GABRIELLI, Enrico. Storia e dogma dell'oggetto del contratto. *Rivista di Diritto Civile*. n. 2. ano L. Padova, mar.-abr. 2004.

- DICKERT, N.; GRADY, C. What's the price of a research subject? Approaches to payment for research participation. *New England Journal of Medicine*. n. 3. vol. 341. p. 198-203, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GIORGIANNI, Michele. *Obbligazione (Diritto Privato)*. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1965. vol. XI.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRADY, C. Payment of clinical research subjects. *Journal of Clinical Investigation*. n. 7. vol. 115, 2005.
- GROSSO, Giuseppe. *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1966.
- HOSSNE, William Saad; VIEIRA, Sonia. *Pesquisa médica: A ética e a metodologia*. São Paulo: Pioneira, 1998.
- KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 15. p. 41-71, 2003.
- KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. vol. III.
- KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: Interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. II.
- MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, L. L. (eds.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveir. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. I.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni. Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*. Napoli: ESI, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: ESI, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo. Edições Loyola, 2008.

- RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 19. vol. 5. p. 65-107. jul.-set. 2004.
- \_\_\_\_\_. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006.
- ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: Vulnerabilidade e proteção. In: DINIZ, Debora; SUGAI, Andréa; GUILHEM, Dirce; SQUINCA, Flávia (orgs.). *Ética em pesquisa, temas globais*. Brasília: Ed. UnB, 2008.
- SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: Os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. *Diretos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. Unidade do ordenamento e teoria da interpretação. *Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 30. p. iv. Rio de Janeiro: Padm, abr.-jun. 2007.
- \_\_\_\_\_. *O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira*. *Revista Trimestral de Direito Civi*. vol. 7. p. iii-v. Rio de Janeiro. jul.-set. 2001.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: Direito das obrigações*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.) *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. vol. III.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Biodireito: A nova fronteira dos direitos humanos, de Reinaldo Pereira e Silva – RT 816/62, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 2/239 (DTR\2003\585);
- O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido *in vitro*, de Emerson Martins dos Santos – RT 863/57 (DTR\2007\914);
- Patrimônio genético: Comércio e proteção de substâncias do corpo humano, de Gerson Amauri Calgaro – *RDPriv* 16/97, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 5/997 (DTR\2003\542); e
- Vida humana e ciência: Complexidade do estatuto epistemológico da Bioética e do Biodireito. Normas internacionais da Bioética, de José Alfredo de Oliveira Baracho – *RDCI* 56/113 (DTR\2006\434).