



DO PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA PRESERVAÇÃO DOS CONTRATOS DE ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO MESENQUIMAIS FETAIS DIANTE DO INADIMPLEMENTO

Álvaro Paixão COSTA¹
Juliana Carvalho PAVÃO²

RESUMO: No âmbito contratual, a questão do inadimplemento é assunto extremamente discutido. No caso do inadimplemento parcial, têm-se como efeitos a incidência de perdas e danos, correção monetária, juros de mora, honorários advocatícios e a rescisão contratual. Contudo, a respeito dos contratos de armazenamento de células-tronco mesenquimais fetais, tais efeitos, em especial a rescisão contratual, provocam resultados severos e até mesmo irreversíveis, uma vez que tais células não podem ser novamente coletadas, resultando na perda de um bem que tem por utilidade assegurar a saúde. Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo consubstanciar este contrato de armazenamento como negócio jurídico de natureza existencial, cujo objeto negociado tem por utilidade a tutela de um bem jurídico essencial, e, conforme, uma visão constitucional-civil, possa ser viabilizada a preservação dos contratos de armazenamento de células-tronco mesenquimais fetais, a partir da tutela jurisdicional do Estado, mesmo que diante do inadimplemento parcial. Assim, utiliza-se para o desenvolvimento da pesquisa, o método dedutivo com base na doutrina, legislação e jurisprudência. Como resultado foi demonstrado que o contrato sob estudo se trata de negócio jurídico existencial, cuja utilidade demonstra-se essencial, e a parte contratante é vulnerável perante o contratante, logo sendo necessário que em caso de excessiva onerosidade ou desequilíbrio pode a parte socorrer-se pelo judiciário para equilibrar o contrato, inclusive preservá-lo em caso de inadimplemento.

Palavras-chave: Contratos existenciais. Inadimplemento parcial. Intervenção Estatal. Negócios Biojurídicos

1 INTRODUÇÃO

O direito contemporâneo privado vem cada vez mais se envolvendo com o direito público, tanto é que desta aproximação surgiu-se uma visão

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina. alvaro.paixao.costa@uel.br.

² Mestre em direito pela Universidade Estadual de Londrina e Doutoranda a Universidade Federal do Paraná. juliana.pavao@hotmail.com. Orientadora do trabalho.

constitucional do direito civil e com isso, surgiram novos princípios, estes que coexistem com os princípios antigos. Desta coexistência, alguns doutrinadores desenvolveram teorias para melhor ponderação e aplicação dos princípios, como é o caso do paradigma da essencialidade, que define que quanto maior a relação com um direito essencial o bem contratual tem, mais se deve priorizar os princípios sociais, resultando na maior intervenção estatal, enquanto que, quanto mais supérfluo mais se deve priorizar os princípios liberais com menor intervenção estatal.

Diante de tal cenário, a problemática consiste na possibilidade de se consubstanciar os contratos de coleta e armazenamento de células-tronco mesenquimais fetais como contratos existenciais cujo objeto negociado tem por utilidade a tutela de um direito essencial, buscando assim, a viabilidade da preservação da relação contratual, mesmo diante da mora.

Os contratos de armazenamento das células-tronco mesenquimais fetais consistem em negócio jurídico de prestação de serviço, enquadrados como relação de consumo, onde de um lado, tem-se a contratada que é a fornecedora, cuja responsabilidade é a conservação do material genético, enquanto do outro lado, os contratantes são genitores, enquadrados como consumidores finais, que visam armazenar as células-tronco mesenquimais fetais de seus filhos, possuindo a obrigação de adimplir periodicamente com prestações monetárias, talvez durante toda a vida de seus filhos.

O trabalho é abordado através do método dedutivo que corresponde à extração discursiva do conhecimento, a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas, partindo-se da teoria da essencialidade e dos contratos existenciais aplicados nos contratos de armazenamento de células-tronco mesenquimais fetais no cenário de inadimplemento parcial, utilizando as técnicas de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

2 DOS CONTRATOS EXISTENCIAIS E DO PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE

O Direito Civil de hoje já não é o mesmo Direito utilizado pelo século XIX, este último era permeado pelos ideais de um Estado Liberal, estruturado pelo paradigma clássico, que consistia em igualdade formal, autonomia da vontade e ausência de intervenção do Estado nas relações privadas. Basicamente, segundo a

professora Teresa Negreiros (2006, p.14), o Direito Civil moderno é a autobiografia do indivíduo burguês.

Segundo Francisco Amaral (2003, p.72) a sociedade moderna era individualista e prezava pela segurança e certeza do Direito, por consequência disto, paradigma clássico, imperava-se a autonomia das vontades com enfoque na liberdade contratual.

Conforme ensinam Caroline M. S. G. de Souza Lima, Pedro Henrique A. Fernandes dos Santos e Roberto Wagner Marquesi (2018, p.4), dentro do paradigma clássico o indivíduo é deixado em segundo plano, sendo que o centro de interesses é o patrimônio, tratando-se, portanto, de um “direito contratual meramente patrimonialista”.

Deste modo, a relação negocial era regida pelos princípios contratuais individuais, com pouquíssima intervenção estatal. Segundo Antonio Junqueira de Azevedo (2004, p.6) a norma precisava ser clara, abstrata e universal, como garantia de impessoalidade, sendo que o papel do Juiz era visto como passivo, o que muitas vezes possibilitava contratos desequilibrados, levando uma das partes ao que hoje é reconhecido como enriquecer sem causa.

Por causa deste e de outros motivos, o Estado Liberal entrou em decadência, assim como no ambiente pós-moderno o paradigma clássico se tornou insuficiente para dirimir os conflitos da sociedade (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p.5). Da decadência do Estado Liberal deu-se lugar ao Estado social, que teve de adotar uma maior intervenção estatal nas relações privadas para que se pudesse adequar às novas demandas da sociedade. Neste aspecto o Direito teve papel fundamental para proporcionar tais mudanças, com enfoque na Constituição Federal promulgada em 1988 que foi uma das responsáveis por introduzir um novo paradigma no Direito brasileiro.

Em uma visão pós-moderna e contemporânea, o patrimônio deixou de ser o centro de estruturação do sistema jurídico, dando lugar ao ser humano. Conforme escreve Heloisa Helena Barboza (1998-1999, p.33), “o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas regente das atividades econômicas. Insista-se: o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio”.

Diante disso, o ordenamento brasileiro adotou a missão de proteger além dos interesses individuais, os interesses coletivos e difusos. De tal modo, tamanho foi o impacto da lei maior nas relações privadas, que se deu origem a

leitura do Direito Civil sob uma ótica constitucional que, inclusive, atribui novos fundamentos e contornos a liberdade contratual.

Neste diapasão, a professora Teresa Negreiros (2006, p.84-85) explica:

A doutrina civil constitucional defende a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações interprivadas, postulando, a partir dessa premissa, uma tutela especial aos interesses, não patrimoniais, em confronto com os interesses patrimoniais. De acordo com a metodologia estudada o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana serve de fonte para a renovação dos institutos do direito civil sob o padrão axiológico determinado pela Constituição, em conformidade com o projeto social ali perfilhado. (NEGREIROS, 2006, p.84-85)

Assim, através da chamada Constitucionalização do Direito Civil, passou-se a fazer parte do contrato noções de justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, além de que surgiram novos princípios contratuais, dentre eles, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico.

Adentrando aos princípios do modelo contemporâneo, de acordo com os ensinamentos da professora Teresa Negreiros (2006, p.505-520), a boa-fé objetiva configura-se como um instrumento que traz a ética e a lealdade ao contrato, com as funções de formulação de critérios de “interpretação-integração”; criação e imposição de deveres instrumentais ao contrato e por fim, de limitar o exercício de direitos. Já o princípio do equilíbrio econômico, confere noção às necessidades e as implicações sobre as causas de desigualdade e conseqüente desequilíbrio entre os contratantes, a citar o exemplo da lesão, tal princípio serve como parâmetro para a avaliação do programa contratual, mediante a comparação dos resultados econômicos proporcionados a cada um dos contratantes. Por fim, a função social, serve como fundamento para que se dê relevância externa ao crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social, a respeito do qual os chamados terceiros não podem manter-se indiferentes.

No entanto, importante mencionar que os princípios do paradigma clássico não foram descartados diante do surgimento dos novos, mas sim repaginados e somados aos princípios do paradigma pós-moderno, o que é denominado de “Hipercomplexibilidade” por Antonio Junqueira de Azevedo (1998, p.115).

Acontece que a coexistência de princípios muitas vezes acaba dificultando uma interpretação do contrato, isso porque, os princípios sociais vão em sentido contrário dos princípios liberais, dando-se origem a possibilidades conflitantes de interpretação. Diante disso, Teresa Negreiros (2006, p.111) ensina que ao intérprete, compete reconstruir um sistema contratual de forma a conciliar os princípios, chegando cada vez mais perto do equilíbrio.

Neste cenário, para a solução da interpretação dos negócios jurídicos, originou-se a classificação de Antonio Junqueira de Azevedo (2008, p.304-305) entre contratos existenciais e contratos de lucro, que em suas palavras, diferem-se no seguinte sentido:

Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões (AZEVEDO, 2008, p.304-305).

Com influência da criação acima, Teresa Negreiros (2006, p.342) apresenta um instrumento, denominado de paradigma da essencialidade, criando um novo modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato pode ser diferenciado de acordo com a classificação do bem contratado. Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em consideração a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado.

Segundo a professora supramencionada (NEGREIROS, 2006, p.342-345), a medida da utilidade do contrato, que conecta a pessoa ao bem contratado, se mostra como um parâmetro já reconhecido pelo ordenamento jurídico, embora não haja sido devidamente enfatizado. Nas palavras de Teresa Negreiros (2006, p.31-32):

Os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar –

ampliando-se, correlatamente, o campo de aplicação dos princípios novos. Ao revés, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos, destinados a satisfazer preferências que não configuram necessidades básicas da pessoa, tais contratos são compatíveis com uma disciplina mais liberal, o que vale dizer que devem sofrer maior influência dos princípios clássicos (NEGREIROS, 2006, p. 31-32).

Extraí-se, portanto, que o Direito Civil contemporâneo passou por uma mudança de paradigma, isto porque, caminhando ao lado dos Direitos Constitucionais, adotou como novo ideal a tutela da dignidade da pessoa humana. De tal ideal, derivou-se a necessidade de proteger os interesses coletivos e difusos, que nas relações contratuais foram traduzidos através da criação de novos princípios.

Todavia, os princípios do período moderno não foram descartados, podendo até mesmo chocar-se contra os novos princípios. Havendo este conflito de princípios, cabe ao Estado-Juiz, neste cenário, se utilizar do paradigma da essencialidade para observar quais os direitos que permeiam o contrato e sua utilidade aos contratantes, sendo que quanto mais essenciais são estes direitos, mais o Estado deverá intervir na relação para garantir o equilíbrio contratual e o cumprimento de sua função social.

Deste modo, uma vez apresentado o panorama geral, e os ideais que norteiam o Direito Civil contemporâneo, passa-se a narrar acerca da necessidade de preservação dos contratos de armazenamento de células-tronco mesenquimais fetais mesmo em caso de inadimplemento, através da intervenção do Estado, posto que, conforme tentará se provar no tópico abaixo, estes figuram-se como contratos existenciais.

3 DA COMPREENSÃO DOS CONTRATOS DE ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO MESENQUIMAIS FETAIS COMO CONTRATOS EXISTENCIAIS

Conforme explicado ao final do tópico anterior, para classificar um bem como existencial, útil ou supérfluo, a professora Teresa Negreiros (2006, p.390-392) utiliza como critério o grau de utilidade dado pela natureza do bem e a sua destinação.

O critério da utilidade e destinação é contemplado no Código Civil no caso das benfeitorias, que podem ser necessárias, úteis ou voluptuárias, e embora possuam enfoque associados a interesses patrimoniais. Neste caso, porém, de acordo com a classificação proposta pelo paradigma da essencialidade, são as necessidades humanas que servem como parâmetros para graduar a utilidade, também de forma tripartida. Nascendo uma classificação em bens essenciais, úteis e supérfluos em relação às necessidades humanas. Desta forma, tornando possível que as necessidades humanas no âmbito da teoria geral, se tornem um dado a se valorar na interpretação normativa jurídica e na sua aplicação as relações interpretativas (NEGREIROS, 2006, p.420).

Assim, como já dito no tópico anterior, aqueles contratos incidentes sobre bens essenciais deverão ser mais sensíveis a um regime intervencionista; no outro extremo, contratos incidentes sobre bens supérfluos deverão ser pautados por maior liberdade e autonomia.

Uma vez demonstrado o critério utilizado pelo paradigma da essencialidade, faz-se agora razoável compreender os contratos de armazenamento das células-tronco mesenquimais fetais, como contratos existenciais, cuja utilidade seja essencial, por tratar-se de negócio jurídico cuja destinação é a salvaguarda da saúde da pessoa humana.

Tais contratos têm por objeto a preservação das células-tronco extraídas do cordão umbilical humano, sendo que o material genético é guardado com o propósito de poder ser utilizado no campo da Medicina regenerativa, em terapia celular em mais de 80 doenças (WEISS, M. L. & TROYER, D.L.,2006, p. 133-155).

Tais contratos configuram-se como negócios jurídicos de prestação de serviço, onde de um lado tem-se a contratada, que consiste em bancos de DNA ou centros de processamento celular, responsáveis pela coleta e conservação do material genético, enquanto do outro lado, os contratantes são genitores que visam armazenar as células-tronco fetais de seus filhos, talvez impulsionados por algum histórico genético de doenças, ficando obrigados a adimplirem periodicamente com prestações monetárias. Em síntese, uma das partes assume obrigação de pagar à outra determinada quantia para preservação de material genético que poderá ser utilizado diante da ocorrência de evento futuro e incerto.

Diante disso, uma vez que o objeto do contrato sob análise são as células-tronco mesenquimais extraídas do cordão umbilical, passa-se a analisar a utilidade e destinação de tal bem para os contratantes, assim como do contexto social em que é firmado.

De acordo com Cristiano Freitas de Souza *et al.* (2010, s/p), as células-tronco embrionárias possuem capacidade ilimitada de autorrenovação além de serem capazes de se diferenciar em qualquer linhagem derivada dos folhetos embrionários e tecidos extraembrionários, ou seja, isso significa que tais células têm potencial regenerativo para reparar qualquer tecido do corpo humano.

Estudos na área da saúde desde 2005 vêm comprovado que as células mesenquimais extraídas do cordão umbilical possuem altíssimo potencial no campo da medicina regenerativa, podendo ser úteis no tratamento de complicações como diabetes, danos neurológicos, doenças oculares, cardiovasculares, reparação de tecidos hepáticos, dentre outros. Como exemplo, pesquisadores afirmam que tais células podem ser muito bem aproveitadas em um paciente que tenha passado por um infarto no miocárdio, tendo em vista que as células do coração possuem capacidade limitada de se regenerar após tal complicação (HARRIS *et al.*, 2007, p.1313-1319).

Traçando o paralelo com paradigma da essencialidade no critério utilidade/destinação, tem-se que a utilidade do contrato em tela é exatamente a garantia de que em casos de doenças ou danos a diferentes tecidos, o filho dos contratantes possa se utilizar do material guardado para tratamento celular altamente eficaz, enquanto a destinação reside no contexto da saúde. Destaca-se que mesmo que não seja certeza que os contratantes venham a se utilizar do material genético preservado é certo que caso precisarem se utilizar do material este terá grande utilidade.

Ato contínuo, importante mencionar que o contrato em estudo é diferente dos demais, dependendo exclusivamente de sua preservação, isto porque as células extraídas do cordão umbilical, por óbvio, não poderão ser extraídas novamente. Logo aqueles que contratam este serviço, almejam a manutenção até que o material seja eventualmente utilizado. Ademais, cita-se que apesar de ser possível extrair células-tronco de pessoas adultas, estas não têm as mesmas propriedades das células embrionárias, nas palavras de Cristiano Freitas de Souza *et al.* (2010, s/p): “em contraste, as células-tronco adultas aparentemente têm

capacidade de autorrenovação limitada e são denominadas multipotentes, pela capacidade limitada de diferenciação em poucos tipos celulares”.

Imperioso salutar que os efeitos de uma rescisão no contrato em comento são irreversíveis, logo, são muito mais prejudiciais do que nos contratos em geral, inclusive até mesmo diferente de outros contratos também existenciais, a exemplo do contrato de locação, isto porque, mesmo que ser despejado corresponda a um prejuízo para a vida do indivíduo, o locatário ainda pode locar outro imóvel, talvez um de menor valor. O que não ocorre no contrato de armazenamento das células-tronco mesenquimais fetais, posto que o contratante não poderá adquirir tais células novamente no mercado. Evidente que a destinação deste contrato pode acabar sendo mais ou menos útil ao depender de cada caso, isto porque, assim como um contrato de seguro, o material pode ou não vir a ser utilizado, dependendo da álea, inclusive podendo vir a ser utilizado em uma doença com maior ou menor risco de morte.

Contudo, mesmo que a destinação seja eventual e incerta, a utilidade do material genético possui respaldo da melhor doutrina médica, tanto internacional, a citar David T Harris *et. al.* (2007), quanto nacional, a citar, Cristiano Freitas Souza *et. al.* (2010). Logo, conclui-se que as células-tronco mesenquimais fetais, caracterizam-se como bem jurídico essencial a parte contratante.

Desta forma, com a percepção de que o bem do presente contrato é essencial dentro do paradigma da essencialidade da teoria da professora Teresa Negreiros (2006), fica bem fácil enquadrá-lo como contrato existencial dentro da Teoria dicotômica entre contratos de lucro e existenciais do professor Antonio Junqueira de Azevedo (2008), isto porque, como já abordado no primeiro tópico, contratos existenciais são aqueles cuja prestação consiste num bem da vida destinado à subsistência da pessoa humana, sem que esta almeje lucro algum, sendo os contratos de atendimento à saúde um dos maiores exemplos (MARTINS; PACHECO, 2011, p.265).

Em específico sobre o presente contrato, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira (2015, p. 14), que utiliza a sigla “USCUPA” para unidade de sangue de cordão umbilical e placentário, em suas considerações dispõe:

O surgimento de novas situações jurídicas existenciais com os avanços biotecnológicos que envolvem a saúde e a vida da pessoa humana demanda uma proteção e interpretação diferenciada pelos operadores do

direito. É o que ocorre nos casos que envolvem a contratação de serviços de coleta, transporte, processamento, criopreservação, armazenamento de células-tronco retiradas do cordão umbilical durante o parto, liberação da USCUPA. Contrato com conteúdo não só patrimonial decorrente da contraprestação pelos serviços contratados como existencial. Esses serviços têm como objeto vários bens jurídicos merecedores de tutela. E os titulares não são apenas aqueles que os contratam, como, por exemplo, os pais que visam possibilitar melhor suporte para a saúde de seus filhos, mas também o próprio recém nascido e, eventualmente, terceiros – consumidores bystanders (PEREIRA, 2015, p.14).

Diante do exposto acima, três são os pontos fundamentais a serem sintetizados para enquadrar o presente contrato como existencial e cujo bem é essencial. O primeiro é que o objeto do contrato é de excelente utilidade para o tratamento de diversas doenças, o segundo ponto é que tem por sua destinação a preservação de material destinado à salvaguarda da saúde humana, e por último, que o objeto armazenado não pode ser coletado uma segunda vez.

Uma vez verificada a essencialidade do bem e a configuração como contrato existencial, constata-se vulnerabilidade da parte contratante para com a parte contratada, isto porque, enquanto a parte contratante possui interesse existencial, isto é, na sua ou na saúde de seu filho, a outra parte da relação apenas visa o lucro. Nestes termos, é evidente que, a parte que tem o interesse existencial não conseguirá exercer plenamente sua autonomia privada, pois, invariavelmente, necessita do bem prestacional, dele não podendo abrir mão, o que faz com que, em regra, concorde com qualquer tipo de cláusulas, inclusive as abusivas. Desse modo, esse contratante, que se encontra em posição de vulnerabilidade jurídica em relação à outra parte, precisa encontrar ferramentas aptas a corrigir esse desequilíbrio para restaurar a harmonia da relação.

Nas palavras de Rafael Ferreira Bizzeli (2015, p.91):

O estudo da proteção dos vulneráveis se justifica porque, uma vez que um contratante tem o objeto por essencial e o outro contratante visa apenas o lucro, percebe-se que o primeiro se mostrará hipossuficiente/vulnerável, com sua liberdade contratual limitada em decorrência do poderio socioeconômico da outra parte (BIZZELI, 2015, p.91).

É neste contexto que deve o Estado intervir para restabelecer a equidade contratual, além é claro de proteger a dignidade da pessoa humana, em favor do consumidor, e logo em favor do indivíduo particular.

4 DA PRESERVAÇÃO DO CONTRATO DE ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO MESENQUIMAIS FETAIS FACE O INADIMPLEMENTO

Segundo Flávio Tartuce (2018, p.247-250), para a teoria clássica, o inadimplemento em sentido genérico pode ocorrer em dois casos, o primeiro é a mora, que se figura como o inadimplemento parcial, isto é, obrigação que ainda interessa ao credor, e o segundo é o inadimplemento total, cuja obrigação uma vez não cumprida, não pode ser mais realizada, tornando-se inútil ao credor.

Uma vez que o presente trabalho tem como enfoque o inadimplemento pelo contratante, cuja contraprestação se perfaz monetariamente, fala-se em mora. Do outro lado, caso o enfoque fosse à ótica da contratada, o inadimplemento seria total, afinal, o cumprimento inexato ou defeituoso da preservação do material genético ocasionaria a perda do material que não poderia ser novamente coletado.

Ainda segundo Flávio Tartuce (2018, p.257-259), a mora é o atraso ou a imperfeita satisfação obrigacional, prevista no artigo 394 do Código Civil, onde “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não o quiser recebê-lo no tempo, lugar, e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

Ato contínuo, importante delimitar que o presente trabalho trata da mora *debendi*, isto é, o inadimplemento pelo devedor que, por culpa, não cumpre com a prestação referente à obrigação pactuada.

Dentro das consequências da mora, encontra-se a responsabilidade do sujeito passivo da obrigação por todos os prejuízos causados ao credor mais juros, atualização monetária e honorários advocatícios, no caso de propositura de ação específica, nos termos do artigo 389 do diploma civil.

Entretanto, no caso em comento, o pior dos efeitos da mora ao contratante é a rescisão contratual, haja vista que o inadimplemento é visto como descumprimento do contrato e, portanto, justificativa para rescisão ou extinção contratual. Acontece, que a rescisão em se tratando de contrato de preservação das células-tronco mesenquimais fetais, já enquadrado como bem essencial e como contrato existencial, acarreta em consequências extremas a parte contratante.

É bem verdade que os efeitos do inadimplemento são resultado da forma encontrada pelos ordenamentos para garantir o adimplemento, entretanto, muitas vezes, as partes podem sofrer lapsos de instabilidade financeira tornando os contratos excessivamente onerosos, talvez por fatores que nem mesmo podem ser

entendidos como fortuitos ou de força maior, mas que representam dificuldades antes não esperadas, o que pode ocasionar na extinção indesejada do contrato e a perda de um bem jurídico essencial.

Nestes termos, afirma Roberto Senise Lisboa (2009, p.5) que o estado atual das obrigações:

[...] exige um novo posicionamento sobre o assunto do pagamento das dívidas, que não pode fundamentar-se [...] tão somente sobre uma ótica apriorística, estagnada na simples equação do descumprimento da obrigação e da sanção a ser aplicada em desfavor do devedor. O estudo da obrigação jurídica e seu alcance deve-se pautar por uma análise crítica obtida após a percepção dos elementos, antropológicos, históricos, políticos e religiosos, que possam contribuir para a determinação de meios alternativos da satisfação dos interesses do credor por prejuízos provados pelo devedor (LISBOA; 2009, p.5)

Diante disso, Teresa Negreiros (2006, p.484-485) defende que tais contratos poderiam prever como cláusula obrigatória uma espécie de prazo de carência, onde o beneficiário do bem essencial não poderia ser dele privado mesmo estando inadimplente. Acontece que, conforme já mencionado anteriormente, a parte contratante é vulnerável em relação à contratada, logo, dificilmente conseguiria acrescentar uma cláusula neste sentido. Frente a isso, deve-se compreender a possibilidade de buscar a conservação do contrato, através da revisão contratual na modalidade jurisdicional, que muitas das vezes se torna o único caminho diante da irreduzibilidade das empresas em negociação extrajudicial.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa (2017, p.87-88), podem as partes conjuntamente rever o contrato alterando o pactuado dentro dos princípios da autonomia privada. Contudo, de forma geral, não pode uma das partes alterar unilateralmente ou pleitear ao Judiciário que o faça, isto por causa do princípio da obrigatoriedade das convenções. Todavia, na proposta de Teresa Negreiros (2006, p.461-462), o jurista deve dar prevalência às situações existenciais sobre as patrimoniais, ou seja, os princípios sociais devem ser aplicados em detrimento dos princípios clássicos, como é o caso da obrigatoriedade das convenções e da autonomia das partes.

Por esse paradigma, por exemplo, justifica-se a intervenção jurisdicional determinando a revisão contratual, nas hipóteses em que, apesar de lícito, o contrato se mostrar leonino ou excessivamente oneroso a uma das partes, possibilitando que o Estado interfira na relação para a proteção dos vulneráveis, em

especial no caso de inadimplemento. Detalhe importante é que tal interpretação pode também ser extraída do texto legal do artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor, que admite a hipótese de modificação e revisão das cláusulas excessivamente onerosas.

Ato contínuo, de acordo com o levantamento realizado por Nelso Molon Junior (2019, p.127-129), o presente tema já encontra respaldo no Tribunal Estadual de São Paulo, inclusive, o autor apresenta cerca de seis julgados, envolvendo os contratos existenciais, dos quais, aqui, por maior proximidade e nexos com o presente tema, destacam-se dois.

Em primeiro lugar, tem-se o Agravo de Instrumento sob número 0263248-73.2011.8.26.0000, oriundo da Comarca de São José do Rio Preto-SP, com julgado de relatoria do Desembargador Claudio Godoy, envolvendo contrato de plano de saúde, conforme ementa:

Plano de saúde. Resolução contratual por inadimplemento. Ausência de prova, por ora, de regular notificação do consumidor, em atendimento ao art. 13, par. único, I, da Lei 9.656/98. Alegação de não-recebimento da notificação. Parcelas em atraso aparentemente recebidas pela agravante. Manutenção do contrato, liminarmente deferida, que se preserva. Agravo de instrumento desprovido (BRASIL, 2012, s/p)

Confere-se destaque ao voto do Desembargador Relator, que se utiliza da distinção contratual fomentada no presente texto, para negar liminarmente a resolução contratual por inadimplemento, em seu voto:

[...] sem dúvida que, considerada a característica do contrato em questão, de evidente natureza existencial, ou não empresarial, classificação que hoje assume papel relevante, inclusive para adequado manejo da disciplina normativa contratual, tomado o bem da vida subjacente ao ajuste, qual seja, o atendimento à saúde do consumidor, a notificação prévia deve se reputar comprovadamente efetivada e recebida (BRASIL, 2012, s/p).

Em segundo lugar, tem-se o acórdão da apelação que tramitou sob número 0005762-47.2012.8.26.0011, de relatoria do Desembargador Hugo Crepaldi, que condicionou a aplicação do princípio da proteção à parte mais fraca à presença de um contrato existencial, conforme ementa:

Apelação ação de indenização por danos morais contrato de compra e venda de produtos celebrada entre distribuidora e supermercado relação de consumo. Não verificada Não há falar em hipossuficiência entre fornecedores, que integram a cadeia de consumo, nos termos do art. 3º do CDC Inaplicabilidade do princípio de proteção à parte mais fraca nos

denominados contratos de lucro, em detrimento da circulação de riquezas e autonomia privada das empresas MORA Atraso de 12 dias que teria ensejado prejuízo à imagem da empresa autora junto a seus clientes [...] (BRASIL, 2015, s/p).

No bojo da fundamentação do referido acórdão encontra-se a interpretação sistemática de que é vedada a adoção do princípio da proteção aos contratos de lucro, podendo, apenas, aplicá-lo na presença de contrato existencial, sob pena de prejudicar a circulação de riquezas que embasa o direito privado (BRASIL, 2015, s/p).

Diante dos julgados apresentados, é possível constituir a premissa verdadeira de que, através da proteção aos vulneráveis e da essencialidade do bem, é possível afastar a rescisão nos contratos existenciais no caso de inadimplemento. Da mesma forma, é possível concluir, portanto, que por tratar-se de contrato existencial, de consumo, cujo bem essencial é de raríssima coleta e destinado a saúde, os contratos de armazenamento de células-tronco mesenquimais fetais encontram respaldo na teoria acima para afastar a rescisão contratual pela via judicial.

Ato contínuo, adentrando no cenário da intervenção estatal para a revisão contratual, Carlos Alberto Garbi (2014, p.213-215) entende que competirá ao Magistrado encontrar elementos que possam dimensionar a necessidade de intervenção, devendo voltar sua atenção ao caso concreto, haja vista que em sua concepção não existe solução definitiva para todos os casos. Nas palavras de Carlos Alberto Garbi (2014, p.214) “a intervenção judicial na relação de obrigação deve procurar manter as bases do contrato, preservando a sua economia interna”.

Ademais, no cenário das consequências da mora previstas no artigo 389 do Código Civil, de acordo com os ensinamentos de Teresa Negreiros (2006, p.484-485), seria possível também que o Magistrado mitigasse tais sanções com fundamento na essencialidade do bem por parte do necessitado.

Por fim, para que de fato haja o equilíbrio entre as partes, enquanto a contratada precisa respeitar a preservação do contrato com a manutenção do material genético, do outro lado, deve a contratante, se ater aos deveres colaterais e anexos do negócio jurídico, em especial os de informação e de transparência, comunicando sempre que possível, de imediato, acerca de sua situação econômica e se pretende ou não cumprir com as suas obrigações futuras.

5 CONCLUSÃO

Diante das teorias do Direito Civil contemporâneo, que enxergam o direito privado mais próximo a Constituição Federal e mais distante do cenário individualista, como é o caso do paradigma da essencialidade, nota-se que nem todos os contratos merecem a mesma guarida estatal, isto porque todo um contexto social e humano deve ser levado em consideração.

Neste diapasão, como resultado, verificou-se que através da intervenção estatal, os contratos de armazenamento de células-tronco mesenquimais fetais devem receber tratamento diferenciado aos contratos de lucro, podendo ser preservados mesmo diante da mora, inclusive, com a suavização dos demais efeitos da mora, como é o caso das perdas e danos, além de que pode também o Magistrado rever as cláusulas desiguais e excessivamente onerosas, isto porque, através da tutela jurisdicional, estará o Estado garantindo o direito a dignidade da pessoa humana com fundamento nas máximas da função social e do equilíbrio da relação contratual.

Todavia, apesar deste tipo específico de contrato, receber a configuração de contrato existencial, haja vista que sua utilidade e destinação está vinculada ao direito à saúde, deve o Magistrado no caso de ação revisional, verificar as condições sociais e econômicas dos indivíduos, para que possa definir qual o grau de intervenção a ser observado, tendo em vista que os casos concretos devem ser analisados de forma suplementar, para dimensionar a extensão das necessidades balizando as medidas interventivas naquela relação. Não apenas analisando a situação do contratante, como também da empresa contratada que também de forma inesperada pode estar sofrendo impactos em seu setor econômico. Desta feita, cada caso poderá receber uma solução específica balizada na preservação contratual, sem deixar de lado a economia interna criada por aquela relação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil na Pós-Modernidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito pós-moderno e a codificação**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Org.). Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BARBOZA, Heloisa Helena. Perspectivas do Direito Civil Brasileiro para o Próximo Século. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, p.27-39, 1998-1999.

BIZZELI, Rafael Ferreira. Contratos Existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 6, out/dez. 2015. ISSN 2358-6974.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 0263248-73.2011.8.26.0000**. Relator Cláudio Godoy. Julgamento: 06/03/2012. Primeira Câmara de Direito Privado. Data da Publicação: 13/03/2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5735903&cdForo=0>. Acesso em: 10 Jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 0005762-47.2012.8.26.0011**. Relator Hugo Crepaldi. Julgamento: 14/05/2015. Vigésima quinta Câmara de Direito Privado. Data da Publicação: 14/05/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8453958&cdForo=0>. Acesso em: 15 Ago. 2020.

GARBI, Carlos Alberto. A intervenção no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da clausula da boa-fé: uma nova visão do inadimplemento. **Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo: 2014.

HARRIS, David T; BADOWSKI, Michael; MOHAMED, Nafees Ahmad; GABALA, A. The potential of Cord blood cells for use in regenerative medicine. **Expert Opin.** Tucson, p.1311-1322, set. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/6113728_The_potential_of_cord_blood_stem_cells_for_use_in_regenerative_medicine. Acesso em: 7 jul. 2020.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Acesso em: 25 Jul. 2020.

MARTINS, Fernando Rodrigues; PACHECO, Keila Ferreira. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada. Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo:RT, v. 79, p. 265-294, jul. 2011.

MOLON JUNIOR, Nelso. Contratos existenciais e a sua aplicabilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: RT, ano. 6. v. 19. RT, p. 113-134, abr/jun 2019. Disponível em: <http://www.molon.adv.br/artigos/NelsoMolonJuniorContratosExistenciaiseasuaAplicabilidade.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A proteção do recém-nascido: aplicação da teoria da perda de uma chance e o uso das células-tronco do cordão umbilical Comentários ao REsp 1.291.247/RJ. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/a-protecao-do-recemnacido/>. Acesso em: 02 Set. 2020

SOUZA, Cristiano Freitas de; NAPOLI, Priscila de; HAN, Sang Won; LIMA, Valter Correia de; CARVALHO, Antonio Carlos de Camargo. Células-tronco mesenquimais: células ideais para a regeneração cardíaca? **Revista Brasileira de Cardiologia Invasiva**, São Paulo, v. 18. n. 3. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S2179-83972010000300019>. Acesso em 18 ago. 2020

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 5, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil Teoria Geral dos contratos e contratos em espécie**. 13. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**, 17ª ed. Atlas: São Paulo, 2017.

WEISS, M. L. & TROYER, D.L. Stem cells in the umbilical Cord. **Stem Cell Rev**. 133-155, 2006.