



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

ARACELLI MESQUITA BANDOLIN BERMEJO

**AUTODETERMINAÇÃO BIOJURÍDICA:**  
LIBERDADE E LIMITES DA AUTONOMIA EXISTENCIAL A  
PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

---

Londrina  
2018

ARACELLI MESQUITA BANDOLIN BERMEJO

**AUTODETERMINAÇÃO BIOJURÍDICA:**  
LIBERDADE E LIMITES DA AUTONOMIA EXISTENCIAL A  
PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Londrina  
2018

ARACELLI MESQUITA BANDOLIN BERMEJO

**AUTODETERMINAÇÃO BIOJURÍDICA:**  
LIBERDADE E LIMITES DA AUTONOMIA EXISTENCIAL A PARTIR DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dra. Rita de Cássia Resquetti  
Tarifa Espolador  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos  
Amaral  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Priscila Machado Martins  
Universidad de los Andes, Chile – UANDES

Londrina, 06 de agosto de 2018.

À família da onde eu vim, pai, mãe e irmão, e com ele cunhada e afilhada e afilhado, por me introduzirem valores nobres, principalmente o amor, e me darem todo suporte na construção da minha pessoa.

À família para onde vim, marido e filhos, por me darem coragem e entusiasmo a prosseguir e transferir todo o amor recebido.

## AGRADECIMENTOS

São tantas pessoas a agradecer, pois essa grande conquista não decorre somente desses dois anos, mas contou com a contribuição de todos que passaram pela minha vida até aqui e que, de uma forma ou outra, me edificaram para que mais esse sonho se tornasse realidade.

Mas não teria melhor forma de começar a agradecer se não for a Deus. Meu sentimento é simples e se resume numa palavra: GRATIDÃO. Como sou grata e me sinto uma filha amada de Deus. Cada sonho, por mais simples ou mais complexo, cada desejo, cada pensamento que tenho... ELE realiza. Sim, sou uma pessoa realizada em tudo. Deus me presenteia a cada dia com uma realização nova. Paizinho querido, continue colocando no meu coração os sonhos e desejos que são seus para mim.

Aos meus Pais. Quantas coisas já passamos até aqui, e quantos valores já me transmitiram. A importância da educação, da dedicação, do amor e do seguir meu coração. Sempre me encorajando e me motivando. Nesses dois anos, mais do que antes, se abdicaram muito para cuidar da minha vida e me dar suporte pra conseguir estar aqui hoje concluindo meu mestrado da UEL. Sem vocês jamais eu teria conseguido. Foram e são meu alicerce.

Ao meu marido e meus filhos. Vocês me dão sentido e vontade de ser cada dia melhor. Por vocês estou aqui e não vou desistir de nada jamais. Amo vocês.

Ao meu irmão, cunhada, afilhada e afilhado. Pelas palavras de incentivo e por serem meu porto seguro. Vocês são essenciais em tudo que faço.

Aos meus sogros, que sempre se dispuseram e atenderam cada pedido de ajuda e cuidaram por muitas vezes do meu pequeno com todo amor na minha ausência.

Aos meus cunhados, mesmo de longe sempre presentes. Exemplos de perseverança, de dedicação e de esforço.

À sócia e amiga, Raquel Moreno Forte, foi meu braço direito e esquerdo durante esses dois anos. Se dedicou aos meus clientes como se fossem seus. Me ensina todos os dias como a ter um coração cheio de gentileza, solidariedade e generosidade. Uma pessoa rara que tenho a graça de ter em minha vida.

À minha orientadora e amiga, Rita. Uma dessas pessoas que tinha curiosidade em conhecer e que Deus colocou no meu caminho. Foi além da dedicação acadêmica. A carinhosa forma de tratarmos os orientadores no Programa como pai e mãe lhe cai perfeitamente bem em todos os sentidos. Obrigada por tudo: pelos conhecimentos acadêmicos e de vida proporcionados. Obrigada pela forma generosa e amiga que sempre se dedicou a mim.

À Prof. Ana Cláudia. Por trás de um olhar às vezes desconfiado, existe um coração gigante, recheado de amor pela vida acadêmica, que transmite conhecimento verticalizado com entusiasmo e de forma sofisticada. Que realmente deseja ensinar tudo que sabe e doa parte de si mesma em cada conhecimento compartilhado. Minha admiração, respeito e muito carinho.

À Priscila, que com doçura e atenção aceitou de pronto meu pedido de compor a banca de defesa e que certamente contribuirá para que o trabalho seja aperfeiçoado.

Aos demais professores do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina que se dedicam com alegria e no desejo de disseminar conhecimento.

Ao Chico, sempre atento, sempre disposto e cuja dedicação o torna uma pessoa singular e essencial para o Programa.

Aos amigos que o mestrado me presenteou, que nominar estenderia demais os agradecimentos. Em meio às diversas atividades na “salinha”, nos grupos, nos intervalos das aulas sempre foram ombro amigo para desabafos, conversas leves e grandes debates que enriqueceram e expandiram meus conhecimentos.

Obrigada!

"Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana seja apenas outra alma humana."  
(Carl Jung)

BERMEJO, Araceli Mesquita Bandolin. **Autodeterminação biojurídica: liberdade e limites da autonomia existencial a partir da dignidade da pessoa humana.** 2018. 232p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2018.

## RESUMO

Os rumos da ciência jurídica são ditados pelo desenvolvimento da sociedade. A contemporaneidade é marcada pelas novas situações fáticas viabilizadas pelo avanço das ciências e da biotecnologia. Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi introduzida à ordem jurídica como valor fundamental, princípio e regra e impôs a releitura de institutos jurídicos já consagrados. No contexto do direito privado, a pessoa humana assumiu o centro de irradiação de tutela, com reflexos diretos para a categoria dos negócios jurídicos. As relações jurídicas, marcadas pelo viés patrimonial, passou a conferir tutela às situações jurídicas puramente existenciais. Para acomodar essas novas situações, os limites do direito subjetivo foram rompidos e situações fáticas com relevância social e jurídica passaram a ser merecedoras de tutela. O campo de liberdade individual expandiu-se e do conceito de autonomia privada foi reconhecida a autonomia existencial ou autodeterminação. A alteração de paradigmas gerou, e ainda gera, incertezas na aplicação do Direito. Os conceitos de dignidade da pessoa humana e autodeterminação são abstratos e a interpretação pelos operadores jurídicos é, por vezes, inadequada. A presente investigação tem como objetivo a demonstração da dignidade da pessoa humana como instrumento de garantia de liberdade de autodeterminação nas situações envolvendo disposição da vida e da integridade psicofísica, e de promotora de critérios para estabelecer os respectivos limites. Neste intuito, a dignidade da pessoa humana será analisada e extraído seu conteúdo mínimo em valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. A autodeterminação será definida a partir da evolução da autonomia privada e da distinção de regulamentação conferida a cada uma. Como resultado da pesquisa, para concretizar a imposição de limites à autodeterminação, propõe-se uma fórmula jurídica fundada na dignidade da pessoa humana que funciona como critério formal a conferir objetividade na análise dos casos concretos. Em última análise, situações de aperfeiçoamento genético são abordadas e sujeitadas à fórmula como teste de eficácia desta.

**Palavras-chave:** Biodireito. Dignidade Humana. Situação Jurídica Existencial. Negócio Biojurídico. Autodeterminação.

BERMEJO, Araceli Mesquita Bandolin. **Biojuridic self-determination: liberty and bounds of the existential autonomy since the dignity of human person.** 2018. 232p. Dissertation (Master's Degree in Business Law) – State University of Londrina. Londrina, 2018.

## **ABSTRACT**

The guidelines of legal science are uttered by the society development. The contemporaneity is marked by the new factual situations, made possible by the sciences and biotechnology. With the Federal Constitution of 1988, the dignity of the human person was introduced into the legal command as a fundamental principle and rule, and it was imposed the re-reading of legal institutes already consecrated. Private Law was remodeled and the human person took over the center, with direct repercussions for the business. The legal relations, marked by the patrimonial bias, came to confer protection on purely existential legal situations. For accommodate these new situations, the limits of subjective law were broken and factual situations of social and legal relevance were worthy of protection. The field of individual self-sufficiency was expanded, and the concept of private autonomy was recognized as existential autonomy or self-determination. The paradigm alterations generated, and still generates, uncertainties in the application of law. The concepts of dignity of the human person and self-determination are abstract and the interpretation by legal practitioners are, sometimes, inadequate. In this sense, the dignity of the human person will be analyzed and extracted its minimum content in intrinsic value, autonomy and community value. Self-determination will be defined from the development of private autonomy and the regulation differences deliberated on each one. To concretize the obligation of limits on self-determination, it will be propose a legal formula founded on the dignity of the human person, as a formal criterion to give objectivity in the analysis of specific cases. Ultimately, genetic improvement of situations is addressed and subjected to the formula as a test of its effectiveness.

**Keywords:** Biolaw. Human dignity. Existential legal Situation. Biojuridic Business. Self-determination.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
FIVETE	Fertilização <i>in vitro</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
SisEmbrio	Sistema Nacional de Produção de Embriões
STJ	Superior Tribunal de Justiça Ciência e Tecnologia
TJ	Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

	<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>12</b>
<b>1</b>	<b>A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA COMO DESAFIO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO.....</b>	<b>16</b>
1.1	A SOCIEDADE ATUAL E OS REFLEXOS DA PESQUISA CIENTÍFICA NA VIDA PRIVADA.....	16
1.2	DA BIOÉTICA AO BIODIREITO.....	23
1.3	OS PRINCÍPIOS DO BIODIREITO.....	41
<b>2</b>	<b>DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>50</b>
2.1	EVOLUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	51
2.2	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA ORDEM JURÍDICA INTERNA – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA NATUREZA JURÍDICA.....	57
2.3	CONTEÚDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	60
2.3.1	Valor Intrínseco .....	66
2.3.2	Autonomia .....	78
2.3.3	Valor Comunitário.....	85
<b>3</b>	<b>NEGÓCIO JURÍDICO – DO TER AO SER .....</b>	<b>97</b>
3.1	CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO.....	98
3.2	SUPERAÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....	106
3.3	A TUTELA DA EXISTENCIALIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS.....	117
3.3.1	Situações Jurídicas Existenciais e Relações Jurídicas Existenciais.....	117
3.3.2	Negócios Jurídicos Existenciais e Negócios Biojurídicos.....	128
<b>4</b>	<b>AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS EXISTENCIAIS.....</b>	<b>132</b>

4.1	DA AUTONOMIA PRIVADA À AUTODETERMINAÇÃO: DELINEANDO CONCEITO DA AUTODETERMINAÇÃO BIOJURÍDICA.....	132
4.2	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO INÍCIO E FIM DA AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS .....	146
4.2.1	Fórmula Geral de Regulação da Autodeterminação Biojurídica – A Dignidade da Pessoa Humano do Começo ao Fim da Autonomia Existencial .....	150
4.2.2	A Aplicação da Regra da Proporcionalidade como Ponderação de Interesses em Conflito.....	156
4.3	APERFEIÇOAMENTO GENÉTICO: A CONTRAPROVA DA FÓRMULA GERAL DE REGULAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO BIOJURÍDICA .....	161
4.3.1	Aperfeiçoamento Genético em Seres Humanos e Sua Contextualização na Sociedade Contemporânea: As Possibilidades Técnicas e as Preocupações que a Norteiam .....	162
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>182</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>188</b>
	<b>ANEXO .....</b>	<b>202</b>
ANEXO	A - FÓRMULA GERAL DE REGULAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO.....	202

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 reformulou a base da ordem jurídica brasileira e acarretou a necessidade de releitura de diversos institutos jurídicos consagrados a fim de adequá-los aos princípios que passaram a fundamentar todo o ordenamento jurídico. No Direito Privado os reflexos irradiaram na Teoria Geral dos Negócios Jurídicos, a qual perdeu o viés estritamente patrimonial e se reveste atualmente de caráter existencial. O agir humano deixou de objetivar somente a circulação de bens e riquezas e passou a visar a construção do indivíduo como pessoa, a buscar sua identidade e determinar sua existencialidade.

Com as novas possibilidades proporcionadas ao homem pela biotecnologia, o corpo humano se tornou objeto de disposição e emergiram variadas situações, não previstas na norma legal, mas de extrema relevância social e jurídica. Da autonomia da vontade, puramente patrimonialista, hoje se fala em autodeterminação como realização de objetivos existenciais. A autonomia existencial, inserida no contexto do Biodireito, que envolve basicamente a manifestação de vontade para atos de disposição da vida, integridade psicofísica e igualdade, será aqui tratada como autodeterminação biojurídica.

Tanto a dignidade da pessoa humana como a autodeterminação biojurídica são conceitos jurídicos interdeterminados, com conteúdo valorativo, cujo preenchimento é tema de debates que ainda não alcança um consenso. A dificuldade conceitual emerge, principalmente pelo próprio fato de serem conteúdos axiológicos que se remodelam com o tempo e no espaço, e torna dificultoso que se trace conceituação fixa, sob pena de engessar sua aplicação, ao torná-la inócua. Ocorre que, manter tais conceitos no campo da subjetividade revela a mesma dificuldade prática que o preenchimento fixo de seu conteúdo, pois sua aplicação fica enfraquecida e tão relevantes instrumentos de tutela da pessoa se perdem na abstração.

Em virtude da dificuldade apresentada, o preenchimento da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação tem sido realizado através de seleção de seus conteúdos essenciais e característicos. A dignidade da pessoa humana é preenchida através da seleção de conteúdos morais mínimos que compreendem conteúdos jurídicos flexíveis e que não se esgotam *numerus clausus*. Permite, assim,

sua adequação ao contexto social e temporal no qual estiver inserido o caso a ser elucidado. A definição da autodeterminação biojurídica se utilizará de suas características e, especialmente, aquelas que a distingue da autonomia privada com viés patrimonialista.

A pesquisa se propõe, portanto, a identificar a convergência entre a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação biojurídica, a fim de delinear o espaço de liberdade para disposição de bens de grande relevância jurídica e social, como, por exemplo, o bem da vida, integridade psicofísica e igualdade, e estabelecer critérios objetivos que possam auxiliar o interprete na solução envolvendo conflitos de interesses advindos das novas tecnologias e respondendo o questionamento: Quais os limites da autodeterminação biojurídica?

Ao final, será comprovada a hipótese de que a dignidade da pessoa humana confere o início e o fim do espaço de liberdade para o exercício da autodeterminação biojurídica, porque, pelo fato de esta se revestir essencialmente do caráter da existencialidade humana, não é possível afastar da sua análise a observância do conteúdo da dignidade da pessoa. Paralelamente, ao mesmo tempo em que esta confere autonomia ao indivíduo para a realização de valores importantes para sua existência, o protege de si mesmo e o vislumbra como um ser social, carregado, portanto, direitos e deveres. Desta forma, será extraída da dignidade da pessoa humana uma fórmula, sem conteúdo material fixo, a conduzir o intérprete e o aplicador jurídico na solução de casos concretos envolvendo o conflito entre o direito de liberdade e outros direitos fundamentais.

Justifica-se o presente estudo em razão da abstração em que são tratados ambos os princípios, cuja aplicação, por diversas vezes, é inadequada, imbuindo o risco de banalização, que seria fatal em tão relevante instrumento de tutela dos direitos fundamentais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dedutivo, com investigações teóricas em doutrinas, nacional e estrangeira, e legislação vigente, principalmente Constituição Federal e Código Civil. Como reflexão sobre a dignidade da pessoa humana, serão absorvidas as contribuições teórico-conceituais de Maria Celina Bodin de Moraes, Ingo Wolfgang Sarlet, Antônio Junqueira de Azevedo e Daniel Sarmento e será adotada como marco teórico do conteúdo mínimo a construção de Luís Roberto Barroso. Sobre a autodeterminação especialmente será

adotado como marco teórico a obra “Autonomia Privada e Dignidade Humana” de Rose Mello Vencelau Meireles.

O desenvolvimento da pesquisa será distribuído por quatro capítulos. O primeiro contextualizará as novas situações jurídicas emergidas das pesquisas científicas e dos avanços biotecnológicos, o tratamento dispensado pela Bioética e o nascimento do Biodireito; o segundo abordará a dignidade da pessoa humana e selecionará o seu conteúdo mínimo; o terceiro buscará definir os negócios biojurídicos; e, por fim, o quarto objetivará delinear a autodeterminação biojurídica e estabelecer mecanismo de investigação dos limites da liberdade nos casos concretos.

Compreender o contexto no qual está inserida a autodeterminação biojurídica é de extrema relevância para extrair a importância de seus limites. A ciência confere grandes e valiosas oportunidades de realização do ser enquanto pessoa, porém, se mal utilizados, representa risco para toda a humanidade.

Diante do retrato da nova sociedade, destacar-se-ão as contribuições da Bioética para o direito e o nascimento de um novo ramo: do Biodireito, cuja característica principal é a interdisciplinaridade, dada a imprescindibilidade de conhecimento de outros ramos do saber. O objeto central de tutela do Biodireito é a vida e a integridade psicofísica do indivíduo, motivo pelo qual funda raízes sólidas no princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, então, se torna objeto de pesquisa, e, após a digressão histórica e da constatação da sua importância para toda a ordem jurídica interna e internacional, cuja natureza jurídica é valor fundamental, regra e princípio, será feito recorte para sua análise no contexto jurídico e social brasileiro. Por fim, com o objetivo de densificar a dignidade da pessoa humana, serão extraídos seus componentes mínimos, fundado na teoria de Luís Roberto Barroso, que os estrutura em conteúdos morais do valor intrínseco, autonomia e valor comunitário, os quais carregam, dentro de si, direitos fundamentais.

Dentro do conceito de autonomia, será identificada a autonomia privada como forma de promoção da dignidade da pessoa humana e o negócio jurídico o instrumento de realização daquela, passando a ele a dedicação da pesquisa. De início definirá o negócio jurídico a partir da análise das teorias quem envolvem o papel e a importância da vontade. Em seguida, através da abordagem histórica de superação da teoria clássica patrimonialista para uma concepção contemporânea

marcada pelo viés existencial, pretender-se-á enfrentar os institutos do negócio jurídico sob o prisma de uma perspectiva ampla que conferira substratos para que se possa melhor conhecê-lo no presente e futuro, e remoldá-lo para que acolham as situações jurídicas existenciais de tutela de direitos e interesses de personalidade, especialmente as envolvem atos de disposição do próprio corpo, na configuração de negócios jurídicos existenciais e negócios biojurídicos.

Será abordada, na medida necessária para a construção do pensamento deste estudo, a situação jurídica existencial e a nova concepção de relação jurídica, com recorte para a caracterizada pela existencialidade, culminando na definição de negócios biojurídicos.

O último capítulo será dedicado exclusivamente à construção da autodeterminação biojurídica. Primeiro será estabelecida a ponte entre a autonomia privada e a autodeterminação e traçadas suas diferenças e peculiaridades a fim de identificar a distinção de tratamento jurídico que deve ser destinado a cada uma e, com esse subsídio traçar a definição de autodeterminação biojurídica.

Na sequência, ingressará no cerne desta pesquisa e será estabelecida a interligação entre a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação biojurídica, de forma que o conteúdo mínimo daquela pode ser recomposto como fórmula geral, objetiva e organizada a conduzir o operador jurídico na solução de casos difíceis envolvendo o direito de liberdade e outros direitos fundamentais. Desta forma, ao analisar o caso concreto para avaliar o campo de liberdade e o limite de interferência externa, deverá o aplicador do Direito percorrer cada conteúdo moral da dignidade da pessoa, hierarquicamente considerado, e, conforme forem sendo superados os filtros, os contornos da autodeterminação no caso concreto vão sendo revelados. Como complemento da fórmula geral sugerida e na possível e comum ocorrência de conflitos entre os direitos fundamentais, que integram a vertente jurídica de cada conteúdo moral, será utilizada a regra de ponderação idealizada por Robert Alexy, o qual estrutura a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para justificar a interferência externa.

O trabalho utilizará, como último diagnóstico, casos envolvendo aperfeiçoamento genético humano, o qual será objeto de análise pela fórmula de delimitação da autodeterminação biojurídica.

## **1 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA COMO DESAFIO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO**

A ânsia pelo conhecido e pelo domínio que ele proporciona ao seu titular não é recente. Há muito tempo, senão desde sempre, está presente. No entanto, hoje é possível sentir agressivamente reflexos na sociedade e no comportamento das pessoas em diversos seguimentos, os quais já modificaram, inclusive, os costumes e as formas de aquisição de bens e serviços, como é o exemplo simplista do crescente uso do ambiente virtual para compra de bens e contratação de serviços, para comunicação e até mesmo para encontrar o (a) parceiro (a) de vida.

Embora a revolução ditada pela criação da internet tenha alterado praticamente toda a forma de relações intersubjetivas no mundo, a ciência, a biociência, a biotecnologia e a medicina provocam uma revolução e instigam pesquisadores e técnicos na busca incessante de conhecimento e domínio acerca da vida humana.

Atualmente, é possível modificar o curso da vida, desde antes do nascimento, desenvolvimento e morte.

Neste capítulo pretende-se situar o estudo e demonstrar o atual contexto dos reflexos da pesquisa científica, exemplificando algumas técnicas que já são possíveis faticamente, e, no plano filosófico, proporcionam a reflexão a respeito da sua efetividade, necessidade, utilidade e risco ao ser realizada com bases em convicções pessoais individualizadas.

Na sequência, permeará pela bioética e extrairá a sua relevância para o Direito, que vê nascer um novo ramo, Biodireito. Tal como a reflexão moral advinda da ética, também impescinde da conexão com outras áreas do saber a fim de tutelar na construção de padrão de comportamento que deve orientar as pesquisas e as relações intersubjetivas cujo objeto é a vida.

### **1.1 A SOCIEDADE ATUAL E OS REFLEXOS DA PESQUISA CIENTÍFICA NA VIDA PRIVADA**

A sociedade atual é marcada por revelações cotidianas a respeito do destino da existência humana, donde emergem novos interesses que reclamam tutela jurídica nas mais variadas formas, seja através de solução de conflitos, normas de

fiscalização e, substancialmente, tutela das novas relações intersubjetivas.

Sem querer a elas restringir, as novidades provenientes do avanço da biomedicina, biotecnologia, da biologia, engenharia genética e genética, cujo objeto central é o DNA<sup>1</sup>, já tivemos notícias de situações que caminham do pitoresco, pelo preocupante e repousa no alívio.

Ao fazer breve pesquisa de notícias referentes a questões que envolvem o Biodireito somente no ano de 2018<sup>2</sup>, identificam-se fatos surpreendentes, os quais não serão objeto de análise crítica por não ser adequada neste momento da pesquisa, mas tão somente mencionados como forma de contextualizar as situações reais, cujas conclusões podem ser as mais diversificadas.

Em 06 de março de 2018, a Revista Galileu publicou a possibilidade, divulgada e promovida por uma *startup*, de formação de casais com base nos dados obtidos através de material genético, os quais, segundo os responsáveis, ignoram os relacionados a doenças, raça, altura e se até a 11 genes através dos quais é possível reconhecer os feromônios compatíveis e indicativos de maiores chances de relacionamento e atração (GALILEU, 2018).

Ao utilizar a ciência com propósitos não terapêuticos, a cantora Barbra Streisand fez o pagamento de R\$ 50 mil dólares para produção de um clone de sua cachorrinha morta, reconhecendo que o objeto do clone, a nova cachorra, não seria igual, conforme notícia publicada pela Revista Super Interessante de 6 de março 2018 (VAIANO, 2018).

Como solução para doenças graves e ainda sem cura, a Revista Veja publicou, em 25 de fevereiro de 2018, os resultados da pesquisa realizada na Universidade do Colorado, Estados Unidos, que, da reprogramação de células adultas

---

<sup>1</sup> Para melhor apresentar o tema, é importante definir seus conceitos: Biomedicina: “ciência que estuda a aplicação dos princípios da biologia, da bioquímica e de outras áreas das ciências naturais à medicina” (INFOPÉDIA, 2013-2018); Biotecnologia: “aplicação dos princípios científicos e da engenharia ao processamento de materiais por meio de agentes biológicos, para promover bens e serviços”; Biologia ou Biociência: “estudo das características dos seres vivos e das leis gerais da vida”; Engenharia Genética: “um das áreas da Biotecnologia: consistente em técnicas destinadas a transferir para a estrutura da célula algumas informações genéticas, objetivando a projeção e a intervenção modificativa”; Genética: “ramo da Biologia que estuda as leis de transmissão dos caracteres hereditários e as propriedades das partículas que asseguram essa transmissão (DNA)”; e DNA (ácido desoxirribonucleico), “o segredo bioquímico da vida, encontrado no núcleo de uma célula, compõe uma parte do cromossomo juntamente com as proteínas que lhe dão sustentação. O DNA é o portador da mensagem genética contendo, em letras químicas, as características de cada ser humano ‘sendo, por isso, sua imagem científica” (GARCIA, 2004, p. 45, grifo do autor).

<sup>2</sup> Pesquisa realizada até o início do mês de maio de 2018.

obteve-se células-tronco pluripotentes (iPSC, em inglês), capazes de serem utilizadas na cura de doenças até então incuráveis (VEJA, 2018).

A BBC Brasil, de 24 de fevereiro de 2018, narrou o caso de uma mãe que, após perder seu único filho, utilizou-se do método de reprodução humana artificial, com material genético de uma doadora anônima e do filho, que havia sido congelado antes de tratamento agressivo contra um câncer, gestando, através de barriga solidária, um casal de netos, visando superar a perda do seu ente querido (BBC, 2018).

A mesma revista, em 09 de janeiro de 2018, noticiou o mercado negro de “venda de barriga” para realização de gestação por substituição no Brasil (LEMOS, 2018).

A Super Interessante de 02 de fevereiro de 2018 foi estampada com a seguinte notícia: “Governo inglês autoriza a criação de bebês com duas mães e um pai. Metade do DNA da mãe, metade do pai, e uma mitocôndria – que tem seu próprio DNA – de outra mulher. O truque evita que o bebê herde doenças genéticas graves” (VAIANO, 2018).

A mesma revista, em 03 de abril de 2018, noticiou que a Estônia iniciou um programa que visa coletar o DNA de 100 mil habitantes e, em troca, lhes oferece conselhos de saúde e estilo de vida baseados na genética da população (SALI, 2018).

Por fim, em 22 de abril de 2018, a Revista New Scientist publicou a possibilidade de criar vida sem a necessidade de esperma ou ovos (DOLGIN, 2018).

Ao analisar esse contexto, a sensação que dá é que estamos vivendo o futuro, o futuro marcado pelas visões que antes somente eram objeto de obras de ficção, como a consagrada por Aldous Huxley (1980) em sua obra “Admirável Mundo Novo”. O desafio de dominar a vida e a morte era retratado como arte e hoje é real.

O fato é que hoje o poder do conhecimento toma conta do ser humano. A possibilidade de conseguir realizar objetivos de vida, até então impossíveis, são viabilizados pela medicina. Paralelamente, a curiosidade, a ânsia pelo controle do nascer e do morrer instigam cientistas, os quais, avançam as pesquisas, conhecendo o muito, mas não o todo.

A ciência desperta preocupação e alívio.

Maria Garcia (2004, p. 14-15), ao citar o parecer de Steve Jones em

reportagem da revista *Veja*, reconhece que questões que sempre atormentaram a humanidade, como as questões de destino, família, identidade racial, da possibilidade de que alguns são bons ou maus de nascença, revivem na atualidade, porém, agora envolvendo o DNA, o qual é tomado como elemento de investigação e manipulação. Levanta a preocupação com o caminho a ser percorrido, pois, ao citar o estudo de Jacques Testart em resposta à reportagem de O Estado de São Paulo, que convidou sábios das mais diversas áreas de conhecimento para responder a questão “O que não sabemos?”, evidencia que o conhecimento para realização de técnicas que envolvem reprodução artificial, embora não sejam decorrentes de tão novas tecnologias, pois a primeira data de 1780<sup>3</sup>, ainda não é completo, exemplificando que o percentual de 15% de chance de êxito já confere ao médico ou geneticista a dominação da técnica, uma vez que a disciplina de reprodução não se preocupa com a ignorância, mas evidencia o êxito.

Além da limitação do conhecimento técnico, também não se conhecem as consequências a longo prazo e cita como questões preocupantes, a influência das atuais práticas no psiquismo das crianças, p.e., em relação ao direito ao anonimato de um doador de material genético, de forma que à criança, sequer concebida, será negada sumariamente o direito de conhecer seu pai. Outro ponto levantando é em relação à triagem de embriões, cujas consequências serão vistas na justificativa de aborto terapêutico, quando apurada perspectiva de doença grave; na seleção de embriões dentro de padrões idealizados, com nascimento de uma criança que será, desde o início, cobrada a satisfazer as expectativas nela depositadas; e, ainda, em relação à empresas de seguro e empregadores, que, na posse de dados genéticos, adotarão condutas distintas conforme os riscos de saúde apresentados

---

<sup>3</sup> “Hoje nós sabemos fecundar óvulo com um só espermatozoide – o que é bastante extraordinário – mas não temos uma compreensão melhor sobre as coisas do que antes. Com os pacientes, os médicos contentam-se com essas ignorâncias – e 85% de fracassos. Explicam-lhes que eles sabem, que eles dominam as coisas, mas que há casos que não são favoráveis. Assim, as coisas passam melhor, dá um ar de sabedoria. Não consigo fazer isso. Sem dúvida porque sou biólogo. O objetivo da medicina é encontrar procedimentos terapêuticos, antes de tentar compreender. A possibilidade de divulgar um procedimento suprime muitas vezes as veleidades de compreendê-lo: a pesquisa final é uma deficiência para a pesquisa básica. [...] As questões que me obcecaram realmente são diferentes. Algumas simplesmente excitam minha curiosidade. Por que se faz uso de uma técnica num determinado momento e não noutra? A inseminação artificial com doador data de 1780. Como a Igreja a condenou ela só era praticada nos seres humanos de maneira marginal e clandestina. Nos nossos dias, ela se generalizou de repente, e o grande público tem a impressão de que isso vem de uma avanço técnico, mas não é o caso. E por que a primeira fecundação *in vitro* foi realizada em 1978? Tecnicamente, isso já era possível 30 anos antes (GARCIA, 2004, p. 15).

com base no futuro biológico estatístico (GARCIA, 2004, p. 16).

No que se refere aos testes preditivos, que são os testes realizados para identificar futuras doenças hereditárias e são realizados tanto em indivíduos assintomáticos, como em familiares de indivíduos sintomáticos que tiveram o diagnóstico molecular confirmando a presença de uma mutação específica (BRAZ, 2008, p. 244), o embate pode ser justificado sob dois pontos de vista: de um lado, pelos defensores, vislumbra-se no alívio daqueles indivíduos que recebem o resultado negativo e a possibilidade de tratamentos paliativos e terapêuticos por aqueles que recebem o teste positivo, e, mesmo quando ausente qualquer tratamento disponível, o planejamento de como será aproveitado o tempo de vida. Em posição oposta, verifica-se o desvirtuamento dos propósitos do teste por empresas de seguro-saúde que, em posse de resultados que deem algum indicativo de doença genética, incluem indivíduos, ainda que saudáveis, em listas negras de planos e seguros de saúde, onerando custos e até mesmo negando cobertura de atendimento (GARRAFA, 1999, p. 209). Gera-se uma discriminação do sujeito que, mesmo não apresentando quaisquer sintomas, geneticamente são passíveis de manifestarem doenças graves, que onerariam a empresa seguradora e, portanto, desperta-se o desinteresse desta na contratação com potenciais clientes dispendiosos.

Somado a esses pesos e contrapesos, não se pode ignorar também o risco de eugenia, com a eliminação de traços biológicos indesejáveis e a preocupação com o destino dos embriões excedentes (VASCONCELOS, 2006, p. 3).

Sob a perspectiva de outra técnica de reprodução humana artificial, a gestação por substituição, já foram realizadas pesquisas empíricas envolvendo mulheres que participaram do procedimento e nem sempre as consequências foram as desejadas e planejadas quando do seu início.

A gestação por substituição<sup>4</sup> consiste no “ato pelo qual uma mulher cede seu útero para a gestação do filho de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a mulher desejosa ou fornecedora do

---

<sup>4</sup> “Essa técnica é conhecida por diversas denominações, tais como útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação de substituição, gestação sub-rogada, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira, mãe por procuração, barriga de aluguel, cessão temporária de útero, dentre outras tantas que a identificam. [...] A terminologia mais conhecida, “barriga de aluguel”, é atacada por diversos doutrinadores como inadequada porque, na maioria dos países onde essa técnica é admitida, ou ao menos não é vedada, a utilização do método deverá ser gratuita, sem qualquer contraprestação financeira, aproximando a atividade muito mais de um empréstimo do que de um aluguel” (SILVA, 2011, p. 52, grifo do autor).

material genético a condição de mãe” (SILVA, 2001, p. 52).

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 413-419) cita pesquisas e relatos envolvendo mulheres que assumiram papel de cedente do útero e enfrentaram dificuldades na entrega da criança e abalos psicológicos irreversíveis. Através da pesquisa realizada, foram identificadas que as causas dessas dificuldades era a falta de esclarecimento ou de, mesmo quando esclarecidas, a falta da exata noção da dimensão do ato, os quais somente foram discernidos realmente após o nascimento da criança.

Dos fatos narrados, especialmente pela pesquisa citada por Eduardo de Oliveira Leite, há demonstração de que as consequências da aplicação das possibilidades científicas somente são sentidas empiricamente. Como narrado, até mesmo em casos de plena ciência sobre a realização de gestação substitutiva, as mulheres somente tiveram a real dimensão quando puderam vivenciar a experiência, que para muitas não se revelou boa o que destaca a necessidade de cuidado e acompanhamento dos avanços a fim de minimizar conflitos e evitar prejuízos.

Embora o cenário aparente ser ameaçador para o desenvolvimento natural da vida humana, não se pode descartar as benesses trazidas pelo conhecimento. Não precisa narrar a dor suportada por uma família que deseja ter filhos e, naturalmente, não consegue; ou que possui doença grave, mas através de transplantes ou autotransplantes, recebem a cura ou tem amenizado o sofrimento. Dois exemplos simples, vistos diuturnamente, que retratam o lado vantajoso da ciência e demonstra que, quando bem utilizada, promove o desenvolvimento do homem e lhe confere maiores chances de viver uma vida boa, ainda que o conceito de vida boa seja subjetivo e variável.

Ocorre que, embora não seja detentor de todo conhecimento, o homem é instigado a desvendar caminhos e verdades, e, quando relativos à vida humana, a satisfação almejada é ainda mais desafiadora.

Contudo, o conhecimento científico nem sempre corresponde ao ser sábio. E, conforme extrai Regina Fiuza Saywen e Severo Hryniewicz (2000, p. 54) da tragédia de Antígona, “a prudência é a primeira fonte da felicidade’. E a prudência só pode ocorrer quando se dá guarida ao bom senso”.

Bertrand Russel (*apud* GARCIA, 2004, p. 23) argumenta que “o aumento dos conhecimentos científicos não é suficiente para garantir qualquer

progresso genuíno, ainda que seja uma das condições necessárias para esse progresso”.

A ciência se desenvolve de forma desenfreada, limitada à pesquisa científica, e sem a necessária reflexão quanto à implicação dessas técnicas na vida social, individual e na própria existencialidade humana.

Ao analisar os dois lados do avanço científico, Edgar Morin aponta a ciência no enclausuramento e na fragmentação do saber, que torna o especialista ignorante fora daquilo que é seu objeto de pesquisa, por não possuir condições e tempo para explorar o mundo externo, ao passo que o não especialista relega a reflexão sobre o mundo, a vida, a sociedade. Forma-se um vazio, uma “situação paradoxal, em que o desenvolvimento do conhecimento instaura a resignação à ignorância e o da ciência significa o crescimento da inconsciência” (MORIN, 2005, p. 17).

É preciso ter cuidado com a ciência quando afeta à existencialidade humana. Não ignorar as contribuições que dela possam advir, mas ter o zelo suficiente a conduzir o desenvolvimento científico e sua aplicação por caminhos que verdadeiramente contribuam para a existência do homem, sem desvirtuar de sua natureza e naturalidade.

Segundo Bertrand Russel (*apud* GARCIA, 2004, p. 23), quando a ciência influencia a vida humana, seus contornos e seus caminhos, é necessário que se leve em consideração 3 aspectos relevantes: a) a natureza e a finalidade do conhecimento científico; b) o poder de manipulação que resulta do conhecimento científico; e c) as mudanças na vida social e nas instituições tradicionais como família, por exemplo. E, conclui que “enquanto o homem for sensato, esta sua nova força pode ser benéfica, mas será contraproducente, se for néscio” e “para que uma civilização científica seja uma boa civilização, é preciso que o aumento do conhecimento humano seja acompanhado por um aumento de sabedoria”.

Ao cientista, embora não seja no exercício da realização da ciência, é possível, e desejável, a reflexão sobre seu objeto de pesquisa e sobre suas consequências. “O pensamento de Adorno e de Habermas recorda-nos incessantemente que a enorme massa do saber quantificável e tecnicamente utilizável não passa de veneno se for privado da força libertadora da reflexão” (MORIN, 2005, p. 21).

O conhecimento científico nem sempre é acompanhado pela sabedoria e pela reflexão extra-científica, e mais, os comportamentos humanos sofrem variações culturais, éticas, morais que podem pôr em xeque interesses antagônicos, não por ausência de sabedoria, má-fé, mas pelo fato de, em um meio social, determinada conduta ser aceita e em outro não, justificando debates jurídicos e filosóficos em relação aos limites do conhecimento científico, cujo tema não será analisado profundamente, direcionando a pesquisa aos limites do comportamento humano, da autodeterminação do indivíduo na utilização de técnicas científicas destinadas à alterar, artificialmente, desde o começo até o fim da vida.

Resta, portanto, ao Direito dar a resposta aos anseios sociais e tutelar os interesses que emergem dessas situações jurídicas, as quais, ainda que não tenham regramento específico, se amoldam e buscam refúgio nos princípios e nas cláusulas gerais que compõe o ordenamento jurídico atual.

O presente estudo é direcionado à tutela jurídica dos limites da liberdade individual na construção de regramento dos seus interesses existenciais, pois, diante de tantos prós e contras averiguados numa mesma situação, o campo de liberdade deve ser restringido não somente visando assegurar direitos e interesses de terceiros, mas também do próprio ser. Para tanto, explanará nas seguintes linhas sobre a importância da Bioética e sua intercessão com o Biodireito e, ao reconhecer o destaque do princípio da dignidade da pessoa humana, permeará sobre a linha evolutiva que culminou na sua consagração como fundamento da ordem jurídica e sua expressão jurídica como valor, princípio e regra, e, por fim, será extraído seu conteúdo mínimo, composto pelo valor intrínseco, pela autonomia e pelo valor comunitário.

Essas premissas iniciais sustentarão o estudo dos negócios jurídicos existenciais, no qual se situam os negócios biojurídicos, delineando sobre a autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação pois, com subsídio teórico dessas primeiras linhas, serão estabelecidos os contornos da liberdade do homem nos atos de disposição do próprio corpo e dos seus interesses existenciais mais sensíveis.

## 1.2 DA BIOÉTICA AO BIODIREITO

Da breve contextualização apresentada no item anterior, é de se

constatar a necessidade de tutela jurídica dos interesses já emergentes, como também dos que futuramente surgirão e, que, tais como alguns dos exemplos citados, fogem da possibilidade de previsão pelo Direito. Cientificamente é possível imaginar surgimento de técnicas e procedimentos, contudo, é prematuro imaginar quais os problemas sociais que deles emergirão.

O Direito é um instrumento para elucidação de casos e conflitos que envolvem a vida humana nas relações intersubjetivas cada vez mais complexas, que conduzem a expansão do conhecimento jurídico para outras áreas do saber, como biologia, medicina, engenharia genética, psicologia e sociologia.

O presente estudo visa delinear os limites da liberdade do indivíduo quando inserido nessas relações intersubjetivas envolvendo atos de disposição do próprio corpo e integridade psicofísica, porém, por não possuir legislação específica correspondente, os caminhos a serem percorridos ainda se encontram nublados e em construção. O Biodireito está em processo de amadurecimento<sup>5</sup> e para sua concreção é preciso percorrer por terrenos da bioética.

A bioética surgiu do desenvolvimento do conceito de ética. Porém, entre uma e outra, longo caminho foi traçado. Do avanço das ciências biológicas e biomédicas, que alteraram a medicina tradicional e suas dimensões, identificou-se a ausência de padrões éticos a serem seguidos (GONÇALVES; ARMELIN, 2014, p. 69). Da visão ética de busca “de uma boa maneira de se destacar o ser e a sabedoria da ação”, ao transpor o terreno irrigado pelas biotecnologias, viu-se surgir a bioética como a busca de “regras de ação de uma sociedade, com a finalidade de enfrentar as dificuldades e os dilemas nascidos da ciência da vida” (BARACHO, 2002, p. 98).

O termo bioética foi tratado, pela primeira vez, pelo oncologista e

---

<sup>5</sup> Os termos amadurecimento e construção utilizados neste trabalho são assim colocados em virtude da ausência de consenso sobre o Biodireito como ramo autônomo. Porém, acolhida, desde já sua autonomia. O biodireito não pode ser tratado como ramo forasteiro, como espaço não científico estranho à dogmática jurídica. Deve se estabelecer como disciplina própria, autônoma, com método próprio, agregadora de outras disciplinas consideradas tradicionais, mas que contribuem para sua solidez, com a construção de linguagem própria apta a dar conta de sua natural interdisciplinaridade. A diferenciação entre ética e direito, a reconstrução histórica da própria bioética, a secularização e o pluralismo moral da bioética e a identificação do objeto do biodireito permitem afirmar que ele é nova faceta do campo do conhecimento que impõe metodologia e fundamentação próprios, capazes de lhe conferir o status de disciplina acadêmica rumo a desejada transdisciplinaridade.” (RIVABEM, 2017, p. 288). Sugestão de leitura sobre a discussão: RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? In: **Revista bioética**. 25 (2), p. 282-9, 2017; GARRAFA, Volnei. Questões sobre Bioética. **Revista CEJ**, v. 3, n. 8, mai./ago. 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/rt/printerFriendly/212/374>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

biólogo norte americano, Van Rensselder Potter, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, como sinônimo de a “ciência da sobrevivência”. Preocupado com a sobrevivência na Terra diante das ameaças marcadas pelos desenvolvimentos tecnológicos e biotecnológicos, delineou seus contornos com “um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida no planeta” (DINIZ, 2014, p. 33).

Nós temos uma grande necessidade de uma ética da terra, uma ética para a vida selvagem, uma ética de populações, uma ética do consumo, uma ética urbana, uma ética internacional, uma ética geriátrica e assim por diante... Todas elas envolvem a bioética, [...] Esta nova ética pode ser chamada de ética interdisciplinar, definindo interdisciplinaridade de uma maneira especial para incluir tanto a ciência como as humanidades, mas este termo é rejeitado pois não é auto-evidente (POTTER, 1971, p.1, grifo do autor).

Como fundamento de reflexão da Bioética, Potter percebeu a necessidade de formular perguntas éticas a respeito da relevância da moral da intervenção humana sobre a vida e evitar a aplicação imediata das técnicas faticamente possíveis sem ponderação racional e também moral, que poderia, como ainda pode, ter efeitos nocivos sobre a humanidade. A concentração do biopoder, no paradoxo existente entre o progresso científico e a sobrevivência humana é uma dessas preocupações. A bioética fez a ponte entre os saberes científicos e a moral. (SGRECCIA, *apud* GONÇALVES; ARMELIN, 2014, p. 71).

Ao compartilhar a mesma preocupação com os reflexos da ciência sobre a vida, no mesmo ano de 1971, André Hellegers fundou, na Universidade de Georgetown, o *Joseph and Rose Kennedy Institute for the study of Human Reproduction and Bioethics*, e delineou o termo bioética não no mesmo sentido empregado por Potter, mas como sinônimo de “ciência da vida”.

Na sequência, em 1978, o termo foi definido pela *Encyclopedia of bioethics* como “estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”. Este termo foi reformulado quando da segunda edição, em 1995 para “estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar” (DINIZ, 2014, p. 34).

Os avanços da biotecnologia, ao mesmo tempo que demonstravam seu poder de cura e seus benefícios, já indicavam quais eram alguns possíveis

problemas sociais, políticos e até econômicos que gerariam e cujos reflexos afetam toda a humanidade, desde a pessoa humana, como a fauna e flora.

Havia, portanto, preocupação ética não somente com os reflexos das tecnologias científicas biomédicas referente ao início e fim da vida, mas também em relação à degradação ao meio ambiente, justificando a classificação da bioética relativa aos problemas persistentes, cotidianos e àqueles decorrentes das situações emergentes provocadas pelos avanços biomédicos desenfreados, e, em macrobioética e microbioética<sup>6</sup> (DINIZ, 2014, p. 34-35), cuja classificação não será aprofundada por não guardar relação de dependência com a problemática deste estudo.

A bioética surgiu com o papel de fundamentar e limitar a ciência, que progressivamente, busca reconhecimento autônomo de quaisquer normas morais. Através da reflexão bioética pretendeu-se, e essa pretensão permanece nos dias de hoje, “reunir critérios e teorias que definam o comportamento correto dentro da Ética geral” (AMARAL, 1997, p. 111) e estabelecer os limites da liberdade. O paradigma que melhor responde aos anseios para que se atinja esse propósito é “o valor supremo da pessoa humana, sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia”<sup>7</sup> (DINIZ, 2014, p. 37).

O pensar bioético vai de encontro com o direito privado contemporâneo, que, segue a tendência universal de valorização da pessoa humana, do ser enquanto pessoa e na busca de sua existencialidade, consagrada no valor fundamental da tutela da dignidade da pessoa humana.

Como um dos primeiros resultados da reflexão bioética, surgiram os quatro princípios ou referenciais bioéticos, sobre os quais repousa grande consenso e força como ponto de partida de qualquer discussão, pois foram constituídos de modo

---

<sup>6</sup> A macrobioética “trata de questões ecológicas, em busca da preservação da vida humana, e a microbioética, que cuida das relações entre médico e pacientes; instituições de saúde públicas ou privadas e entre estas instituições e os profissionais de saúde” (DINIZ, 2014, p. 36).

<sup>7</sup> Bioética consiste num “conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto, abarcaria pesquisas multidisciplinares [...] para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia, etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações” (DINIZ, 2014, p. 36).

amplo a abarcar as mais diversas situações “desde a experiência com seres humanos até a prática clínica e assistencial” (BARBOZA, 2000, p. 211-212).

Visando enaltecer a pessoa humana, a Bioética se pautou primeiramente em 3 princípios, registrados no *Belmont Report*, publicado em 1978, pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental): autonomia, beneficência e justiça, com a inclusão, posterior, do princípio da não-maleficência, por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, em obra publicada em 1979 (BARBOZA, 2000, p. 211).

Os referenciais bioéticos exercem relevante papel no Direito. Diante da ausência de normatização completa das situações envolvendo o biodireito, as soluções passaram a ser construídas pelo intérprete, que lança o olhar para outros campos do saber e se socorre na bioética e em seus referenciais teóricos para suplantar a simples aplicação jurídica, e participar ativamente na construção do conteúdo jurídico a ser considerado na resolução de casos concretos.

Pelo princípio da autonomia, é reconhecida a capacidade do indivíduo<sup>8</sup> de se autogovernar, devendo ser respeitadas suas crenças religiosas e morais (DINIZ, 2014, p. 38). Emergiu como reação ao paternalismo médico caracterizado pela presunção da incapacidade do doente em tomar decisões autônomas, sendo consagrado no atual Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina em 2010<sup>9</sup>, que o acolheu, de forma ponderada, para evitar tanto que se torne um princípio absoluto a garantir total liberdade ao paciente, como representar risco de exercício de paternalismo exacerbado e já superado, por colocá-lo em risco de vulnerabilidade em face do desconhecimento técnico (NEVES, SIQUEIRA, 2010, p. 443).

O exercício da autonomia em situações biojurídicas demanda extrema cautela. Já consagrada nos referenciais bioéticos universais, cada ordem jurídica a

---

<sup>8</sup> Em meados do século XX, identificou-se, num primeiro momento nos Estados Unidos da América, o crescente conflito entre médicos e pacientes, em que aqueles era acusados e punidos por desrespeitarem as decisões dos seus pacientes, consagrando o dever dos profissionais em acolher a vontade manifestada (NEVES; SIQUEIRA, 2010, p. 443).

<sup>9</sup> XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. (Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica 2009: Resolução CFM nº 1.931/2009. Brasília: CFM, 2009).

aprofunda conforme o ordenamento interno e a cultura enraizada de cada povo, no entanto, alguns preceitos básicos são garantidos pela bioética.

Para o exercício da autonomia exige-se que seja amparada por declaração de vontade real, sólida e verdadeira, e a observância de dois fatores: o consentimento livre e esclarecido e a possibilidade de tomar decisões de substituição quando impossibilitado de tomar por si próprio (DINIZ, 2014, p. 39).

O cuidado e a ponderação dispensados ao princípio da autonomia devem ser analisados também sob o viés relativo ao limite da liberdade do indivíduo, o qual, ainda que fundado em fatos esclarecimentos e tenha condições de manifestar sua vontade, por si ou por outrem, de forma real, verdadeira e sólida, resta impedido de agir quando sua ação possa afetar terceiros, inclusive gerações futuras.

Este é o caso de intervenção humana em técnicas terapêuticas, que deve se limitar na manipulação somente de células somáticas e não em celular germinativas<sup>10</sup>, pois, nestas, haveria a transmissão aos descendentes, ultrapassando a esfera do indivíduo e de seus próprios sucessores, e adentra na esfera universal do genoma humano, pertencente à toda a humanidade e, portanto, transcende seus limites de liberdade (GONÇALVES; ARMELIN, 2014, p. 76).

A autonomia do indivíduo em dispor do próprio corpo e intervir na integridade física e psíquica já rompeu barreias morais e religiosas e justificou o questionamento sobre a legitimidade de instituições, como o Estado e Igreja, em interferir na vida privada. Esse debate está longe de encontrar uma resposta, pois o estímulo à autonomia é fomentado pelo fato da ciência tornar possível o controle, a correção e a melhoria de funções corpóreas, permitindo e viabilizando condutas antes pouco tempo inimagináveis, reavivando assuntos e surgindo novos temas que, pouco a pouco, consagram novos valores, como defesa ou rejeição de aborto, transexualismo, uso de métodos anticoncepcionais, dentre outros (ROBERTI, 2007, p. 65).

A autonomia, já incluída como referencial bioético, se mostrará adiante também como princípio expresso do biodireito, que delineado por normatização jurídica específica carente de completude, tem seu campo preenchido

---

<sup>10</sup> “A terapia gênica somática envolvendo outras células que não as reprodutivas busca uma correção genética no indivíduo, mas não afeta a sua descendência, entretanto as controvérsias que envolvem a terapia gênica em células germinativas humanas, que se transmitem às gerações futuras, têm merecido a preocupação e o veto de muitos países” (BRAUNER, 2008, p. 177-178).

pela dignidade humana. Por esta pesquisa se debruçar sobre liberdade do indivíduo nos atos de disposição do próprio corpo e intervenção na integridade física e psíquica, o assunto será verticalizado no decorrer do trabalho, culminando na sugestão de uma fórmula geral, com aplicabilidade em diversas situações concretas, e objetiva, visando evitar que a solução do caso concreto se perca nas subjetividades, para análise dos limites dessa liberdade.

O segundo princípio ou referencial bioético é o da beneficência, que visa auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar mal ao paciente. Significa o rigor a ser adotado pelo médico ou geneticista para que o bem-estar do paciente seja promovido e evitado, na medida do possível, a ocorrência de danos (DINIZ, 2014, 39). Corresponde a ações positivas, no sentido de efetivamente agir de forma benéfica a outrem, como a ações negativas, de não causar danos (GONÇALVES; ARMELIN, 2014, p. 77).

O aspecto negativo do princípio da beneficência se moldura no terceiro princípio, da não maleficência, o qual ingressou no rol dos princípios bioéticos posteriormente, e visa evitar danos aos pacientes e observar a ética médica de *primum non nocere* (primeiro não prejudicar) (DINIZ, 2014, p. 40).

O quarto dos quatro pilares principiológicos da bioética é a justiça, entendido como expressão de justiça distributiva, que “exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente” (DINIZ, 2014, p. 40).

O princípio da justiça visa “contemplar a justa e equitativa apropriação dos benefícios auferidos pelo progresso tecnocientífico por toda a sociedade, de acordo com normas que respeitem a cooperação social” (NEVES, SIQUEIRA, 2010, p. 444) e “implica em não dar a uma pessoa tratamento diverso àquele dado a outro, salvo haja entre ambas alguma diferença relevante” (GONÇALVES; ARMELIN, 2014, p. 77). O desenvolvimento científico é um direito de todos e seus benefícios devem ser gozados indistintamente, sem discriminação, de forma a amparar de forma igualitária a todos que demonstrem a necessidade. Esse ideal, contudo, não é posto em prática, especialmente pelos altos custos que envolvem procedimentos biomédicos que restringem seu acesso a uma parcela favorecida da sociedade.

Exemplo clássico é a reprodução humana artificial através de fertilização *in vitro* com transferência intrauterina de embriões, conhecida pelas siglas

FIV ou FIVETE. Através desse procedimento, a ovulação é estimulada e os óvulos são colhidos por punção e, em laboratório, em um recipiente chamado Placa de Petri, é fecundado pelos espermatozoides. Após 24 a 48 horas, os embriões<sup>11</sup>, contendo de 4 a 8 células, é introduzido na cavidade uterina e dado sequência à gestação (MALUF, 2015, p. 199).

Essa técnica representa a possibilidade de realização do sonho da maternidade, porém, o custo, em média de R\$ 12 a R\$ 15 mil reais, o restringe à pequena parcela de favorecidas financeiramente ou impõe uma jornada judicial para que o custeio seja prestado por planos de saúde ou Estado, os quais dificultam o acesso à maioria das pessoas (STJ, 2017).

Através do princípio da justiça confere acesso aos benefícios do desenvolvimento científico a todos e é vedada limitação por fator econômico ou qualquer outro método elitista gerador de desigualdade social. Este acesso consiste num direito fundamental da humanidade e vincula-se intimamente com o princípio da igualdade (ROBERTI, 2007, p. 67). Contudo, como narrado, ainda não é totalmente aplicado na prática.

Estes princípios devem servir como parâmetros das investigações e diretrizes nas quais a bioética seja envolvida (DINIZ, 2014, p. 40) e “tem força obrigatória, sempre e quando não entrem em conflito entre si, caso em que se hierarquizam conforme a situação concreta” (BARBOZA, 2000, p. 212).

A bioética reflete, portanto, justamente a liberdade da ciência e do agir humano quando a vida, a saúde e a sobrevivência humana na Terra possam ser ameaçadas, pois, a exemplo das barbáries cometidas por médicos nazistas, a pesquisa científica e suas aplicações, quando desvinculadas da ética, podem causar atrocidades à própria humanidade.

O caminho do desenvolvimento não deve ser unicamente percorrido pela ciência, mas também por outros ramos do saber, com destaque para a ética, visando afastar o pesquisador da figura de Frankenstein e o aproximar ao digno papel de benfeitor da humanidade (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 31-36).

---

<sup>11</sup>Segundo o art. 7 da Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina, o número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.

A humanidade, no ponto que chegou, em que a ciência pura e simples tem o poder de desvendar o ser humano, de dominar a vida e a morte, de produzir artificialmente vida humana, clama por reflexão e condução por caminhos que fujam do arbítrio científico, fundado em desafios e curiosidades do homem em relação ao “poder de brincar de Deus”. A ética é o ponto de análise, que busca conferir serenidade, segurança, solidez no trajeto a ser percorrido, ainda que desacelerando o avanço, mas certamente, o direcionando ao melhor curso a seguir.

A reflexão bioética busca respostas para questionamentos como “que devo fazer? Que posso fazer? Quais os limites éticos para a ação médica ou técnico-científica?” (DINIZ, 2014, p. 30) e assume o:

Papel de levantar as questões, registrar as inquietações, alinhar as possibilidades de acerto e de erro, de benefício e de malefício, decorrentes do desempenho indiscriminado, não-autorizado, não limitado e não regulamentado de práticas biotecnológicas e biomédicas que possam afetar, de qualquer forma, o cerne de importância da vida humana sobre a terra, vale dizer, a dignidade da pessoa humana. Mas o papel da Bioética certamente esgota-se neste perfil, sem decidir qual a humanidade que a atual geração quer para si e para as futuras gerações. Este papel é o papel do Biodireito, como se tem convencionado chamar. (HIRONAKA, 2001, p. 3).

É de extrema relevância o papel assumido pela Bioética, especialmente ao considerar que é base de criação do correspondente Direito e pela sensibilidade do seu objeto de reflexão<sup>12</sup>.

A Bioética consiste numa ciência, distinta de todas as demais, pois é estudo sem fronteiras, que percorre diversas outras áreas do saber, e, simultaneamente, coloca o homem como sujeito e objeto de pesquisa, na busca de proteção à vida (HIRONAKA, 2001, p. 7). Busca suprir a lacuna reflexiva e alcançar as situações que emergem, eis que a ciência se desenvolve a passos largos, desacompanhada pelo desenvolvimento da sociedade, pois a humanidade não foi capaz de criar, até o momento, um modelo de organização voltado às questões técnico-científicas desta era (BARBOZA, 2000, p. 210).

---

<sup>12</sup> Edgard Morin ao destacar a importância da reflexão sobre os caminhos da ciência afirma que: “Um estadista francês disse durante a Primeira Guerra Mundial: ‘A guerra é um processo sério demais para ser deixado nas mãos dos militares.’ A ciência é um processo sério demais para ser deixado só nas mãos dos cientistas. Eu completaria dizendo que a ciência se tornou muito perigosa para ser deixada nas mãos dos estadistas e dos Estados. Dizendo de outra forma, a ciência passou a ser um problema cívico, um problema dos cidadãos” (MORIN, 2005, p. 133).

É certo que a própria sociedade, ao se deparar com as novas situações advindas do desenvolvimento científico, exerce contenção aos excessos e desacelera suas consequências<sup>13</sup>, contudo, a direção dever ser orientada por normas que visem o bem-estar individual e social, cujo conteúdo é refletido pela Bioética (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 33-36) e no campo normativo, essa interface é feita pelo Biodireito.

A Bioética não possui viés normativo, campo reservado ao Direito, de forma que deste turbilhão de fatos dos quais emergem situações completamente antagônicas, localizadas nos extremos do prejudicial e do benéfico, brota um novo ramo do Direito, denominado Biodireito<sup>14</sup>, ainda em construção, mas que desde sua gestação já assume relevante papel de estabelecer coercibilidade e de constranger ao cumprimento de suas prescrições ao delinear limites às pesquisas, e também à aplicação das técnicas já faticamente possíveis de serem empregadas, tendo como valor fundante a alteridade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana (GONÇALVES; ARMELIN, 2014, p. 81).

O papel assumido pelo Biodireito recebe tamanho destaque que se fala atualmente em direitos de quarta geração. Os direitos de primeira, segunda e terceira gerações ou dimensões surgiram conforme marcos históricos bem definidos e que tiveram relevância social a ponto de modificar a ordem jurídica<sup>15</sup>. Embora a transformação não seja recente, ainda vivemos os tempos que justificam o surgimento

---

<sup>13</sup> A desaceleração, contudo, como se verá nas linhas que seguem, não é suficiente para viabilizar a integral normatização jurídica.

<sup>14</sup> Para o presente trabalho não será abordada discussão a respeito da questão terminológica e será adotado o consagrado termo Biodireito. “É certo que o termo Biodireito tem sido alvo de críticas, em virtude de poder ensejar significado ambíguo. O vocábulo traria em si a noção limitada do Direito voltado à vida (*bios*), dando a noção errônea de que existe Direito que não o seja. À evidência, o Direito é sempre voltado à vida humana, porquanto sua razão de ser é o homem. Logo, Biodireito não seria o melhor termo a exprimir a idéia que nele se deve conter. Talvez, Jusbiologia traduzisse melhor, ou também Direito Biomédico... Fato é que o neologismo Biodireito consagrou-se. E mais importante do que a questão terminológica é reconhecer-lhe o devido espaço como ciência” (MEIRELLES, 2008, p. 7-8).

<sup>15</sup> As gerações ou dimensões de direitos fundamentais surgiram conforme a necessidade e o momento social. Os direitos de primeira geração ou dimensão “dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor da liberdade”. Os direitos de segunda geração ou dimensão foram impulsionados pela Revolução Industrial europeia e “privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade”. Os direitos de terceira geração ou dimensão decorrem das profundas modificações envolvendo a sociedade de massa, avanços tecnológicos e ambientais e se fundamentam principalmente nos direitos relacionados à preservação ambiental e de proteção aos consumidores. “O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade”. Por fim, os direitos de quarta geração ou dimensão, segundo orientação de Norberto Bobbio, decorrem dos avanços da engenharia genética e envolve a tutela dos riscos à própria existência humana (LENZA, 2009, p. 669).

de uma nova era de direitos.

Os direitos de quarta geração, ainda que não pacificamente delineados, têm consenso de que consistem, de maneira geral, no “direito de autodeterminação, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito ao ambiente saudável e sustentável, direito à paz e ao desenvolvimento” (ROBERTI, 2007, p. 78). São, portanto, direitos diretamente ligados e tutelados através do Biodireito.

O Biodireito caminha sobre o “tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana” (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 36). A bioética e o biodireito

Caminham *pari passu* na difícil tarefa de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo desagüe numa crescente e temível “confusão diabólica”, em que os problemas da humanidade sejam “solucionados” pelo progresso tecnológico (DINIZ, 2014, p. 33, grifo do autor).

O Biodireito não visa estabelecer cerceamento no desenvolvimento científico, mas orientá-lo através de exigências mínimas que permitam a “compatibilização entre os avanços biomédicos que importam na ruptura de certos paradigmas e a continuidade do reconhecimento da Humanidade enquanto tal, e, como tal, portadora de um quadro de valores que devem ser assegurados e respeitados” (MARTINS-COSTA, 2001, p. 18).

Desta forma, num primeiro momento, desenvolve-se a reflexão, no campo moral, formulando juízos de apreciação sobre prescrições a respeito das novas situações, em seguida, diante da necessidade de limitação e regulação normativa, delega-se ao Biodireito, como conjunto de valores, princípio e normas, o objetivo de proteger a vida humana, disciplinando a prática de suas intervenções e os mecanismos de sua manipulação (AMARAL, 1997, p. 110). A bioética estabelece “limites morais do agir científico no campo da vida” e o Biodireito fixa “limites jurídicos da prática social no campo das inovações tecnológicas”. O Biodireito concretiza normativamente os valores e princípios delineados pela ética (AMARAL, 1997, p. 111-112).

No entanto, a estruturação do Biodireito é bastante complexa, pois,

além de buscar definições, conceitos e valorações em outros ramos do saber<sup>16</sup>, os fatos acontecem numa velocidade não acompanhada pelo surgimento de direitos específicos para a respectiva tutela, a desaceleração promovida pela resistência cultural em relação às novas possibilidades fáticas não é suficiente para permitir o acompanhamento normativo, “exigindo do jurista esforço interpretativo para adequar as normas existentes às novas situações, mantendo íntegro o sistema vigente, fato que tem se acentuado nas últimas décadas graças ao acelerado desenvolvimento tecnológico e biomédico” (BARBOZA, 2000, p. 213), bem como é colocado a enfrentar obstáculos impostos por institutos clássicos da ordem jurídica.

Os anseios sociais se adaptam à realidade, modificando os conceitos de vida e liberdade, ampliando-os ou reduzindo-os conforme a época que se vive. Ao Biodireito é empregado o papel de não impedir os avanços das ciências, mas evitar que sua aplicação se torne nociva (MALUF, 2015, p. 17).

No papel de regular os avanços da ciência nas relações intersubjetivas, o Biodireito enfrenta a barreira da lacuna legal, no que se refere à ausência de previsão normativa específica para a realização de procedimentos biológicos e, principalmente, a respeito das consequências que podem advir quando da divergência de interesses das partes envolvidas. Mesmo com o advento do Código Civil de 2002, o qual humanizou o direito privado e pretendeu tecer considerações legais sobre temas contemporâneos, não houve a previsão de normas específicas referentes à integralidade das situações emergidas.

Os sistemas clássicos do Direito não apresentam soluções imediatas para a grande maioria dos casos concretos que já se fazem presentes. Para buscar-lhes solução adequada, o jurista deve recorrer a valores e princípios que estão acima de qualquer revolução social ou científica. Entre eles está, sem dúvida, o valor da vida humana. A consciência ética da humanidade o referenda como um valor inofismável e recebe o aval de quase todas as crenças religiosas e sistemas ideológicos. Quando se fala a respeito do valor vida, deve-se considerá-lo como o valor-eixo, cujo respeito incide na liberdade de

---

<sup>16</sup> “A lei parece ser o instrumento privilegiado para orientar o desenvolvimento das ciências da vida. A formulação da disciplina denominada Biodireito representa um ramo novo e revolucionários cujo interesse repercute em todo o mundo, requerendo um conhecimento transdisciplinar constantemente atualizado e dinâmico, de acordo com a evolução dos avanços científicos. O Biodireito tem por objeto a vida em aspectos multiformes, com repercussões em várias áreas, direito público, direito civil, direito penal, direito da saúde, direito da propriedade intelectual, direito ambiental, direito de família. Além de transdisciplinar esse direito, tem como fundamento vários textos internacionais” (BRAUNER, 2008, p. 179).

submissão ou não, na proteção jurídica do corpo humano, na garantia da integridade física, no acesso a exames e tratamento médico e no respeito ao cadáver (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 47).

As lacunas normativas conferem espaço de tranquilidade para o homem continuar avançando e dominando setores que eram exclusivos da natureza e da divindade e, quando a ética não lhe é tão enraizada, a ciência em suas mãos se equipara a uma arma contra a humanidade.

No Brasil, a escassez normativa atribui aos intérpretes do Direito a realização de manobras jurídicas, fundadas, substancialmente, nos dispositivos constitucionais que tutelam a pessoa, a fim de garantir tutela aos indivíduos quando existentes conflitos envolvendo sua vida, liberdade e integridade psicofísica. Muitos projetos de leis, tratando de situações específicas encontram-se em tramitação no Congresso Nacional, porém, a normatização geral existente é a Lei de Biossegurança, Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, voltada para conflitos envolvendo a macrobioética, especialmente organismos geneticamente modificados, contudo, ainda que timidamente, traz poucas previsões a respeito da aplicação de técnicas de engenharia genética em seres humanos.

Cristiane Beuren Vasconcelos (2006, p. 56), após avaliar o mercado que envolve as técnicas de reprodução humana artificial, especialmente no contexto americano, marcado pela liberdade e permissibilidade de seleção embrionária, protesta pela elaboração de um estatuto jurídico para o embrião humano, pois “o vazio normativo dá vazão aos mais graves atentados contra a vida e a dignidade do homem e é preciso que se resgatem esses valores essenciais. A vida não pode ficar à mercê das oscilações de interesses do mercado, que só conhecem lucro; não conhece dignidade, prescinde de amor, pois se realizam com dinheiro”.

Francisco Amaral (1997, p. 117) vai mais além e, como forma de regulamentação, defende a reunião de estruturas jurídicas de “proteção da vida humana, em todos os estágios e manifestações”, através de um Estatuto Jurídico da Vida Humana.

Pretende-se, assim, oferecer à sociedade brasileira um estatuto que impeça o mau uso das ciências da vida, permitindo, impondo ou proibindo comportamentos tipificados, de modo a assegurar o direito à vida, em sua plenitude, acolhendo as inovações tecnológicas, mas

mantendo valores essenciais da ética da vida humana. (AMARAL, 1997, p. 118).

Diante da ausência normativa e da necessidade de se atribuir regras de conduta para os envolvidos nos procedimentos biomédicos, fica a cargo dos negócios jurídicos estabelecer limites e consequências, cujo limites de abrangência são as partes envolvidas. Médicos, biomédicos, pacientes e todos aqueles que se envolvem diretamente na realização de alguma técnica cientificamente disponível manifestam sua vontade no intuito de estabelecer os efeitos a serem gerados e reconhecem responsabilidades.

A realização desses negócios jurídicos, dada a ausência de lei específica, é conformada pela aplicação das cláusulas gerais e princípios a serem readequados, normas internacionais, bem como das normativas deontológicas de órgãos classe, como as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que estabelecem o espaço de liberdade individual para disposição dos bens da vida e suas condições.

Internacionalmente, há tratados e declarações dos quais o Brasil é signatário, que tutelam a vida humana, de forma digna, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966 e Pacto São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978. tutela de situações especificamente biojurídicas, no âmbito internacional, mas subscrito pelo país, há a Declaração Universal do Genoma Humana e dos Direitos Humanos, de 1997 e a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993 (VASCONCELOS, 2006, p. 90-99)<sup>17</sup>.

No âmbito interno, além das normas gerais de direito, que, embora não específicas para a tutela desses interesses existenciais a eles são ajustadas no ato da aplicação, as resoluções médicas, ainda que deontológicas, tem se mostrado essenciais, eis que provenientes de debates, discussões e análises realizadas por equipe multidisciplinar, composta inclusive por operadores do direito, que buscam

---

<sup>17</sup> O propósito da descrição dos tratados e declarações internacionais de tutela da pessoa humana é informar a existência de normas universais e o desejo em regular as situações biojurídicas que transcende as fronteiras do Brasil. Contudo, não será aprofundada a análise de cada documento e sugere-se, para leitura, a obra de Cristiane Bauren Vasconcelos, A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia, São Paulo: Atlas, 2006, p. 90 a 104.

traçar limites e ditar comportamentos primando pelos interesses dos envolvidos e compatíveis com o ordenamento jurídico, surgindo de forma rápida, como os avanços da medicina acontecem e o Poder Legislativo não consegue acompanhar.

Ainda que a ordem jurídica confira ao Biodireito conteúdos emprestados que o dão suporte, pela especificidade de seu objeto de tutela, este novo ramo do Direito carece de normas jurídicas positivadas que permitam ao aplicador maior segurança em suas decisões, cuja tarefa tem se dedicado reflexão energia para concretização.

Para regulamentação, deve-se buscar equilíbrio para não impedir os avanços e nem favorecer o agir irrestrito. Esse equilíbrio é atingível quando adotada a premissa de que “a normatização é sempre social” e “não se pode reduzir o social ao biológico”, além do que o homem também se transforma e sua vontade pode sofrer alterações (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 52-53).

Essa dinamicidade assenta conflitos que atormentam os pensadores e estudiosos do Biodireito, impingindo debates a respeito da necessidade de normatização, sua forma, conteúdo, e, inclusive, o como normatizar “o novo, o desconhecido, o sem limite, o sem paradigma” (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 46).

Parte da doutrina defende a necessidade de legislação específica, “sobretudo em este momento, en el que el papel social del jurista es cada vez más importante em los Estados que se proclaman laicos, donde el Derecho y la ley son la única columna vertebral de la sociedad, pues tienden, cada vez más a ser confundidos con la moral” (FERNANDÉZ, *apud* GARCIA, 2004, p. 162).

A normatização mais adequada é conferida por um sistema composto, em sua maior parte, pelas normas de conteúdo aberto, como as cláusulas gerais, as quais garantem maior flexibilização e movimentação conforme o evoluir da ciência, do homem e de suas vontades.

As cláusulas gerais possuem papel relevante no Direito Privado contemporâneo. Convencido o legislador da sua própria incapacidade em vislumbrar, prever e regular as mais diversas situações que advêm da sociedade e, em se tratando de Biodireito, avanços da medicina, biomedicina e biotecnologia essas novidades são ainda mais velozes, depositam nessa espécie normativa o socorro legal, uma vez que são normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos

concretos, não sendo apenas cláusulas de intenção (TEPEDINO, 2004, p. 19), mas desempenham diversas funções por serem compostas por conceitos jurídicos indeterminados, intencionalmente vagos e abertos, que permite, “pela vagueza semântica, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiro ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção” a extração de novas normas, possuindo significação variável (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7).

As cláusulas gerais, portanto, são marcadas pelas características da mobilidade, cujas respostas aos problemas da realidade são obtidas através da construção jurisprudencial e não pela subsunção do fato ao conteúdo normativo. O campo vago, aberto, das cláusulas gerais são preenchidos pelo interprete através de elementos que não são, necessariamente, jurídicos, mas advindos das esferas social, econômica e moral (MARTINS-COSTA, 1998, p. 8-10).

Judith Martins Costa (1998, p. 10-11), ao destacar a importância das cláusulas gerais no sistema jurídico, sem afastar, o também importante, corpo legal proveniente da técnica casuística, afirma o seu caráter individualizador, no sentido de conduzir o interprete ao caso concreto e, também, generalizador, ao permitir a formação de instituições para responder a fatos novos, esmiuçando nas seguintes funções:

- a) “Permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz”, pois, pela reiteração da *ratio decidendi*, há especificação do sentido da cláusula geral e da dimensão da sua normatividade, indo além dos casos objeto do julgamento. Porém, é importante destacar, que a decisão do juiz não é arbitrária, mas vinculada e conduzida por pautas de valoração do caso concreto definidas pelas cláusulas gerais, quando assumem, diga-se, uma micro função, de normas diretivas.
- b) Atuar como elemento de conexão ou lei de referência para viabilizar, ao juiz, a “fundamentação de sua decisão de forma relacionada com os casos precedentes”, formando um catalogo de precedentes.
- c) “Permitir à doutrina operar a integração *intra-sistemática* entre as disposições contidas nas várias partes do Código” e na “*inter-*

*sistemática*, facilitando a integração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais” (itálicos no original).

d) Por fim, e destacado pela autora como a principal função, as cláusulas gerais, especialmente ligadas aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais, evita a inflação legislativa, dispensando dispositivo legal taxativo para cada fato novo que possa surgir e viabiliza a compreensão contemporânea de sistema, marcado por ser aberto e estruturado em graus escalonados de privatismo e publicismo. (MARTINS COSTA, 1998, p. 10-11)

Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 53) destaca a importância das cláusulas gerais para o Biodireito, pois, na construção de um sistema jurídico fechado, haveria a necessidade de criação de regra jurídica para cada situação envolvendo cada tema polêmico para tutelar, como, por exemplo, a negativa de tratamento por Testemunhas de Jeová e tantas outras justificativas, os vários motivos do aborto, dentre outros.

O Direito, na atualidade, se encontra numa situação de crise, formatada pela dificuldade de equacionar claramente os problemas advindos da ciência, pois, ainda que exista resistência cultural à prática de determinados atos cientificamente possíveis, não se pode renegar que essa possibilidade, por si só, já é capaz de modificar o homem. O indivíduo, diante de possibilidades, antes surreais, de interferência e domínio na vida, já se coloca em reflexão, já se inicia uma modificação de valores, de conceitos.

As possibilidades, quando reais, alteram o modo de enxergar a vida. Aplica-se a premissa de que somente quem vive realmente uma situação é que se torna capaz de refletir com razão e sentimento. A vontade e os valores humanos, enquanto amparados em ficção, certamente, não são os mesmos quando empiricamente sentidos.

Desta forma, o homem de antes já não é o mesmo homem de hoje. O Direito, e nesse contexto, o Biodireito, deve refletir o novo homem, o direito do tempo atual (POLETTI, 1991, *apud* SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 49), modificável e renovável aceleradamente.

Neste momento, a reflexão filosófica, inserida no contexto da interdisciplinaridade, se aproxima do Direito (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 50),

como técnica que visa cautelar e prevenir a reificação do homem, sua materialização como objeto e não mais como ser, e construir consciência ética a respeito da dignidade humana.

Como se pode notar, a Bioética exerce grande importância no mundo jurídico, especialmente no Biodireito, dado o fato de aquela consistir no estudo da moralidade da conduta humana na área das biociências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científico e tecnicamente possível, adotando como paradigma o valor supremo da pessoa humana, sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia (DINIZ, 2014, p. 36-37).

#### O Biodireito,

Em virtude da rapidez com que as novidades biotecnológicas se apresentam, é ramo do direito que não pretende ter respostas únicas, mas respostas que possam ser construídas a partir do caso concreto, não se limitando, portanto, apenas ao discurso legal (Positivismo). O biodireito busca organizar a conduta de cada um na sociedade biotecnológica, propondo respeito e promoção de valores que servem de base a toda humanidade (presente e futura), organizando liberdades e educando para a preservação de valores essenciais. (RIVABEM, 2017, p. 288).

Aliás, é no princípio da dignidade da pessoa humana que se assenta a formulação do Biodireito e é o ponto de convergência de todas as discussões que envolvem a liberdade individual e seus limites (BRAUNER, 2008, p. 180-181), à qual serão dedicadas as próximas linhas tendo em vista a grande relevância para resposta da problemática.

O Biodireito é ainda um ramo jovem do Direito, cuja autonomia sequer é consensualmente reconhecida, contudo, a ele estão reservados os principais problemas da sociedade moderna que residem na realização da existencialidade humana. O principal papel é torner os espaços de atuação científica e da autodeterminação, estabelecendo limites necessário a fim de que seja consagrado, em tão sensível terreno, uma órbita sem lei, em que liberdade e libertinagem se confundem e o prejuízo será sentido pela humanidade, presente e futura.

Despertada para a preocupação com os reflexos do agir humano baseados na liberdade de aplicação de técnicas cientificamente disponibilizadas para alteração do curso da vida artificialmente, esta pesquisa se propõe a perquirir os contornos da autonomia individual, fundada na dignidade da pessoa humana, cujo

conteúdo mínimo será utilizado como substrato de uma fórmula a conduzir o aplicador do Direito na solução de casos difíceis. Como base teórica para a confirmação da hipótese, será necessário empreender algumas linhas a respeito de alguns princípios que certamente estão a edificar uma Teoria Geral do Biodireito.

### 1.3 OS PRINCÍPIOS DO BIODIREITO

O Biodireito surgiu da necessidade de tutela jurídica e adoção de posturas coativas em relação à aplicação de técnicas biomédicas viabilizadas de forma acelerada pela ciência, uma vez que a Ética, ou melhor, Bioética, ainda que estruturada na reflexão sobre limites morais, se estabelece na consciência do indivíduo, sem força vinculatória.

Os modos de pensar e as crenças sociais, filosóficas, religiosas são tão diversificadas na sociedade mundial que não se pode imaginar que o pensar ético e moral tenha unanimidade, especialmente envolvendo a ciência, cujo descobrimento e o domínio da vida desperta no cientista a ambição e o desafio de ir além.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka cita reportagem da Revista Veja, edição 1713/2001, na qual o cientista italiano Severino Antinori anunciou que, juntamente com o cientista norte americano Panayiotis Zavos, iniciava o tornar real da clonagem humana e que entraves legais não os conteriam, pois assim o fariam ainda que a bordo de um transatlântico em águas internacionais (HIRONAKA, 2001, p. 4).

Se as normas legais vigentes são desafiadas pelos cientistas, quiçá as normas éticas e morais, que, ainda que adquiram dimensão social, se estabelecem somente na consciência. As situações envolvendo a aplicação de técnicas biomédicas vão mais além, um problema, inicialmente, clínico e ético, se torna também jurídico.

O Biodireito assume a finalidade de “fixar normas coercitivas que delimitem as atuações biotecnológicas, no sentido de ver respeitada a dignidade, a identidade e a vida do ser humano”, cujo objeto é “a fundamentação e pertinência das normas jurídicas, de maneira a adequá-las aos princípios e valores relativos à vida e à dignidade humanas trazidos pela Ética” (MEIRELLES, 2008, p. 6-8).

O Biodireito é ramo do Direito ainda em construção e, pela velocidade dos fatos em total descompasso com o potencial legislativo na forma prevista pela

ordem jurídica interna, a regulamentação de assuntos envolvendo a vida humana e sua integridade física e psíquica tem se mostrado mais palpável através de normas gerais, de conteúdo indeterminado e aberto, que se amoldam mais facilmente à sociedade conforme suas modificações vão acontecendo.

Neste cenário de normatização de conteúdo aberto, os princípios assumem relevante papel, sendo base para criação e interpretação normativas, pois, como destaca Rizzatto Nunes (2005, p. 178), "nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio". O conteúdo delineado através de princípios, além de permitir maior flexibilidade jurídica e adequação aos casos concretos, confere sistematização ao Direito.

O Biodireito se forma e é composto de princípios não próprios, mas que, adotados, lhe conferem base que conduz a interpretação e aplicação do Direito. O conteúdo principiológico permite sua adoção por outros ramos que não àquele para o qual foi originariamente normatizado. Para o reconhecimento de determinado conteúdo como princípio, prescinde a normatização. De fato, torná-lo expresso confere maior segurança na sua observância, porém, não representa condição necessária para sua aplicação.

No momento atual, em que o Biodireito ainda atravessa o processo de positivação, seu conteúdo deve ser formado a partir da base jurídica que concentra elementos a garantir solidez e lógica ao sistema como um todo e que, obviamente, confira tutela aos fatos concretos que lhe são encarregados. Os princípios jurídicos se prestam justamente a esse papel, e ainda que não previstos em norma expressa, irradiam efeitos, pois se localizam "no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas essa abstração não significa in incidência no plano da realidade" (NUNES, 2005, p. 178).

Os princípios do direito, quando não se expressam por um dispositivo, são revelados pela tecnologia jurídica. Debruçam os tecnólogos sobre o ordenamento jurídico e procuram encontrar os valores fundamentais que o inspiram. Sintetizam, então, esses valores em preceitos com a mesma estrutura das normas jurídicas. (COELHO, 2003, p. 69).

São diversos os princípios que se adequam e contribuem para o Biodireito, cuja seleção é doutrinária e se ampara fundamentalmente nos preceitos constitucionais delineados sob o iluminar da dignidade humana.

Para este trabalho, a seleção será composta por princípios relacionados com a liberdade individual no exercício da aplicação de técnicas cientificamente possíveis, sem a pretensão de esgota-la em *numerus clausus*.

Como não poderia deixar de ser, os princípios bioéticos são emprestados ao Biodireito e o primeiro princípio a ser elencado é o da autonomia, que, assim como já mencionado quando do seu enfrentamento como referencial bioético, está ligado ao autogoverno do homem e seus limites. Esta abordagem consiste no cerne deste trabalho, motivo pelo qual se reserva o aprofundamento ao decorrer da pesquisa e os demais já foram analisados no item 1.2.

O segundo é o princípio da sacralidade da vida, que evidencia e consagra o valor da vida humana, praticamente não passível de superação pelos atos de vontade sequer de seu titular. Seu conteúdo é protegido pelo valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e assegurado expressamente pela Constituição Federal, através do seu art. 5°.

A vida é o direito mais importante, consagrado pelos mais relevantes documentos internacionais, sem o qual todos os demais direitos se esvairiam e, mesmo que não houvesse qualquer proteção expressa, ainda assim seria assegurado, pois é deduzido da própria natureza humana, por si só oponível a todos e revestido de legitimidade. É um direito natural e anterior à norma positivada (DINIZ, 2014, p. 22).

O princípio da sacralidade da vida, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana,

São os principais norteadores da bioética, na medida em que consideram a vida como sagrada e inviolável. Neste sentido, não se justifica a causa do sofrimento e da dor desnecessária, a imputação de um ônus superior ao que a pessoa possa suportar, ainda que, por decisão sua, mesmo para a realização de pesquisas ou qualquer atividade científica. Combate-se assim, a consideração do homem como objeto, como uma 'coisa', a favor da compreensão da vida humana como algo sagrado, intangível. Ainda que fora dos aspectos teológicos que a questão envolve, a expressão 'sagrado' não necessariamente estará ligada a Deus, mas sim ao caráter inviolável de seu objeto. (VARELA; FONTES; ROCHA, 1998, p. 230).

A vida é elemento tão sensível aos cuidados do Direito que muito se discute sobre decisões relativas ao seu cerceamento artificial, seja na forma de aborto,

eutanásia, distanásia, ortotanásia, suicídio assistido. A discussão que envolve esses aspectos de fim da vida, transpõe a fronteira do direito e transita pela biologia para se discutir a respeito da presença de sinais vitais, início e fim biológico da vida humana, percorre-se por teorias natalistas a fim de traçar uma definição jurídica como base de decisão judicial<sup>18</sup>. A definição sobre a existência ou não desses sinais vitais é que irão influenciar nas soluções jurídicas dos conflitos sobre o fim da vida. Evita-se o seu cerceamento artificial.

Tecidas as considerações básicas sobre a importância e a tutela da vida humana, cuja violação é acolhida em casos excepcionais, como o aborto decorrente de estupro, passa-se à breve abordagem dos demais princípios, deixando de reiterar os conteúdos dos princípios bioéticos por já terem sido objeto de reflexão.

O Biodireito, além de envolver questões ambientais, como plantas transgênicas e animais melhorados, introduz uma nova questão cuja generalidade é análoga ao meio ambiente, porém decorrente de técnicas aplicadas em seres humanos. Casos de seleção genética, como será aprofundado ao final desta pesquisa, tem reflexos que transcendem os sujeitos envolvidos e podem trazer modificações em toda a sociedade e a toda humanidade. Essas modificações, contudo, não se limitam às culturais, religiosas e conceitos de vida boa, mas sim alterações biológicas em seres humanos. Desta forma, o conteúdo dos princípios ambientais passa a compor, com cada vez mais força, o rol dos princípios do Biodireito, numa necessária releitura por voltar os olhos não à fauna e flora, mas ao homem e à humanidade.

O princípio do desenvolvimento é um dos princípios ambientais que se encaixa perfeitamente ao Biodireito, pois o desenvolvimento científico é um direito que deve ser compartilhado com toda a sociedade, cuja distribuição de benefícios não deve ser objeto de privilégios, mas realizada paritariamente.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (NAÇÕES UNIDAS, 1986), da qual o Brasil é signatário, dispõe em seu artigo primeiro que:

---

<sup>18</sup> Não será aprofundada a abordagem sobre teorias natalistas tendo em vista que não guarda relação com a hipótese deste trabalho. Para leitura, recomenda-se a decisão proferida nos autos de ADI 3510, STF, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28LEGALIZA%C7%C3O+E+ABORTO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8us8qey>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

O desenvolvimento, contudo, não pode se desligar dos demais princípios, deve ser sustentável.

O princípio da prevenção parte do pressuposto de que as agressões ao meio ambiente são, em geral, de difícil ou impossível reparação e impõe que sejam avaliados os riscos, já identificados como prováveis, e como consequência apresenta a vedação do avanço da pesquisa ou realização do ato que irá causar danos ambientais (MIRRA, 2011, p. 353).

Paulo Affonso Lemes Machado (2004, p. 55), ao analisar Convenções Internacionais e Nacionais a respeito do princípio da prevenção, conclui que tais documentos asseguram a necessidade de:

Prever, prevenir e evitar na origem as transformações prejudiciais à saúde humana e ao meio ambiente. Todos esses comportamentos dependem de uma atitude do ser humano de estar atento ao seu meio ambiente e não agir sem prévia avaliação das consequências. O Direito Positivo internacional e nacional irá traduzindo, em cada época, através de procedimentos específicos, a dimensão do cuidado que se tem com o presente e o futuro de toda forma de vida no planeta.

Para o autor, os meios de prevenção variam de acordo com o desenvolvimento do país e das opções tecnológicas, os quais não são estáticos e devem se reformular conforme o desenvolvimento da ciência, novas hipóteses de riscos e mecanismos disponíveis para seu afastamento (MACHADO, 2004, p. 56).

O papel principal do Direito Ambiental, transferido ao Biodireito em virtude de terem a mesma causa e efeito, é a prevenção de situações cuja reparação se mostra impossível. O avanço da ciência, assim como afeta o meio ambiente, também afeta o indivíduo em sua vertente biológica e psicológica, cujo retorno ao *status quo ante* beira o impossível.

Édis Milaré (2011, p. 395, grifo do autor) destaca a importância da prevenção, a compreende com conceito que engloba a precaução, e cita Ramón Martín Mateo ao afirmar que:

Diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, excessivamente onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única, solução. De fato, “não podem a humanidade e o próprio Direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos?”

Ainda que parte da doutrina adote a mesma identidade ou a absorção de princípio da precaução pela prevenção, cuja abordagem não é pertinente neste estudo, separaremos a análise de cada um.

A principal diferença entre ambos é que o princípio da prevenção identifica o risco e busca meios de evitá-lo, enquanto que a precaução, visa assegurar, de antemão, a inexistência de riscos à saúde, vida e meio ambiente, pois, em caso de dúvida sobre o potencial danoso, ou seja, ainda que este seja incerto, é imposta a vedação, mitigação ou compensação da pesquisa ou do procedimento pretendido.

Para aplicação do princípio da precaução, a ausência de estudo científico sobre o potencial risco não deve ser interpretada como sua ausência. Na dúvida, fundada em avaliações técnicas e competentes e não meras especulações leigas, o avanço deve ser freado e remodelado para evitar danos (ANTUNES, 2015, p. 35).

O mundo da precaução é um mundo onde há a interrogação, onde os saberes são colocados em questão. No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo por ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento onde nossos conhecimentos científicos vão modificar-se. (TREICH; GREMAQ, *apud* ANTUNES, 2004, p. 58).

A justificativa do princípio da precaução é simples, decorre do fato de que em diversas atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, assim como ao ser humano e à própria espécie humana, ainda que não evidente a possibilidade de riscos, a sua previsibilidade se tornará real somente quando a situação já estiver tão desenvolvida que os danos já não poderão ser prevenidos ou reparados (MILARÉ, 2011, p. 396).

Os princípios da prevenção e da precaução, em sede de Biodireito devem ser conjugados com o princípio da não-maleficência, no sentido de evitar causar o mal à pessoa ou à humanidade. A ciência avança de forma acelerada, o trânsito imprudente pode desvirtuar as razões do evoluir do saber e, ao invés de benefícios, figurar danos irreparáveis, que, ainda que compensáveis, jamais se equipara a reparação integral. O acúmulo de pequenas parcelas não compensáveis se somam e podem assumir grandes proporções.

É certo que se deve promover o desenvolvimento, este é inclusive um princípio já abordado, mas a cautela é essencial para que o desenvolvimento traga vantagens à humanidade, seja sustentável a fim de garantir “o direito do ser humano de desenvolver-se e realizar as suas potencialidades, quer individual quer socialmente, e o direito de assegurar aos seus pósteros as mesmas condições favoráveis” (MILARÉ, 2011, p. 398-399).

O Direito Ambiental, assim como o Biodireito, tutela o presente com os olhos no futuro. Um dos princípios basilares do Direito contemporâneo é a solidariedade, inserida inclusive como um elemento dos componentes do valor fundamental da dignidade da pessoa humana. No entanto, reconhecer a solidariedade exclusivamente das gerações presentes, iria na contramão de tutela desejada e necessária.

O Biodireito, por ter viabilizado pela ciência avanços que apresentam riscos às futuras gerações, ou seja, possuindo as mesmas causas, adequa o princípio da solidariedade entre as gerações do Direito Ambiental.

Segundo J. J. Canotilho (2015, p. 31), o princípio da solidariedade entre as gerações “impõe prioritariamente e antecipadamente a adoção de medidas preventivas e justifica a aplicação de outros princípios, como o da responsabilização e da utilização das melhores tecnologias disponíveis”.

Trazendo a importância da solidariedade intergerações, Fabio Konder Comparato (2015, p. 441-442) afirma que:

É evidente que a geração presente tem o dever fundamental de garantir às futuras gerações uma qualidade de vida pelo menos igual à que ela desfruta atualmente. Mas não é menos evidente que esse dever para com as gerações pósteras seria despido de sentido se não se cuidasse de superar, desde agora, as atuais condições de degradação ambiental em todo o planeta, as quais representam um

sério risco para a biosfera como um todo e para o gênero humano em especial.

Para Édis Milaré (2015, p. 261),

É preciso anotar que a solidariedade humana – entre as pessoas e destas com o Planeta – é uma fonte do saber e do agir. O ordenamento da natureza já a previu desde sempre. O ordenamento humano natural e, da mesma forma, o social adotam-na como fundamento. O ordenamento jurídico positivo a pressupõe. Por conseguinte, a solidariedade, como valor natural cultivado, é fonte para a ética e para o Direito.

A preocupação do Direito não se limita aos seres atuais, mas também na preservação do meio ambiente para futuras gerações, e, agora por existir risco à espécie humana, especialmente em virtude de técnicas de aperfeiçoamento genético, surge, de todo o agrupamento de princípios acima mencionados, fundamentalmente dos princípios da sacralidade da vida e da solidariedade intergeracional, a tutela de preservação da espécie humana.

Os princípios ambientais podem ser transpostos para o Biodireito, cujo exercício de reflexão se impõe do simples fato de que, há pouco tempo atrás, a única ameaça que afetaria de maneira geral a humanidade era remetida ao meio ambiente, não vislumbrando, em tempos não tão remotos, a possibilidade de modificação genética humana, já possíveis e praticadas no cotidiano.

O objeto desta pesquisa é a busca de uma fórmula jurídica que permita traçar parâmetros objetivos, porém, gerais e aptos a abranger a diversidade de situações fáticas presentes e que estão por vir, após estabelecer os critérios desta fórmula, será abordado, ainda que brevemente, o atual debate sobre aperfeiçoamento genético, através do qual são selecionados genes com finalidades terapêuticas e não terapêuticas, mas na busca de criação, em laboratório, de um indivíduo que tenha potencialidades de atender as expectativas do seu idealizador, como por exemplos, olhos claros, cabelos lisos, porte e força atléticos, dentre outros; ou, ainda, a mutação genética na própria pessoa. Nestes casos, como se verá, pode haver modificação em células germinativas, cujas características são transferidas para as futuras gerações. O cuidado que se deve ter é em não robotizar e artificializar a espécie humana.

Através dos princípios citados, identifica-se o sentido de tudo que se pretende reconhecer através do Biodireito. A tutela da vida e sua integridade, a

solidariedade entre os membros da geração atual e também das futuras gerações. Para conferir boas condições de vida na Terra. Preservar o meio ambiente e preservar também a natureza humana, seu patrimônio genético, suas características naturais. Estes valores devem conduzir toda a ordem jurídica na construção do Direito, na sua aplicação e interpretação e o princípio da dignidade da pessoa humana reúne elementos que conferem a tutela na trilha deste mesmo caminho.

O Biodireito, ramo do Direito caracterizado pela interdisciplinaridade, resgata das demais fontes e conteúdos para regular as situações envolvendo a vida humana, sua integridade e sua preservação. As ordens jurídicas contemporâneas, em sua grande maioria, consagraram o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual pela sensibilidade do objeto de proteção do tema abordado, será enfrentada em item específico, eis que fundamental para a confirmação da hipótese desse estudo, acolhendo-a como valor fundamental da República e norteadora de toda a ordem jurídica e social, sugerindo a extração de seu conteúdo mínimo a embasar a hipótese solucionadora da problemática apresentada.

## 2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais (BARROSO, 2016, p. 251).*

A previsão constitucional da dignidade da pessoa humana fez irradiar sua luz a todo o ordenamento jurídico pátrio, justificando a releitura de institutos até então consagrados e transpondo o homem no centro de tutela jurídica.

Contudo, o termo dignidade da pessoa humana é bastante subjetivo e, não raras vezes, utilizado de forma discricionária, dispersa seu conteúdo axiológico e justifica condutas nos mais variados sentidos, como no propagado caso francês da *Commune de Morsang-sur-Orge*, em que o princípio da dignidade da pessoa humana era invocado pelas adversas partes a fim de sustentar os respectivos pleitos<sup>19</sup> (AMARAL, 2014, p. 81-82).

Neste ponto de estudo, desafiará um sentido de dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a compreensão jurídica, de forma clara e bem definida é que permitirá a proteção da dignidade da pessoa de forma concreta, sistemática e coerente e conferirá os contornos de tutela da autodeterminação.

A dignidade da pessoa humana reestruturou a ordem jurídica interna. No âmbito do direito privado, reestruturou paradigmas clássicos e ditou novos contornos do negócio jurídico, que acolhe o negócio jurídico existencial, gênero do qual é espécie o negócio biojurídico.

Diante da interferência da dignidade da pessoa humana nos negócios biojurídicos, para sua abordagem serão dedicadas linhas especiais deste estudo, com início na breve abordagem de seu contexto histórico, seguindo para compreensão das duas categorias normativas que a envolve, definindo seu conteúdo como valor,

---

<sup>19</sup> Explicado por Francisco Amaral relata tratar-se de um processo que visava anular a proibição, determinada pela administração pública municipal francesa, de espetáculo em que clientes de uma discoteca se divertiam lançando um anão, com uma alça presa às costas, contratado para esse fim. O autor do pedido foi o próprio anão, que invocou a impossibilidade de trabalhar, o que representava atentado à sua dignidade, especialmente pelas dificuldades de emprego aos portadores de nanismo. A decisão final do Comitê de Direitos do Homem das Nações Unidas adotando a dignidade humana como componente de ordem pública, proferiu a seguinte decisão: "A atração de 'lançar anões', que consiste em fazer lançar um anão por espectadores que utilizam como projétil uma pessoa com deficiência física causa prejuízo, por seu próprio objetivo, à dignidade humana." (AMARAL, 2014, p. 81-82).

princípio e regra. Buscará, na sequência, extrair o conteúdo do seu núcleo axiológico, valor intrínseco, autonomia e valor comunitário e, por fim, estabelecer definição da fórmula de tutela da autodeterminação, que será adotada neste estudo, cujos preceitos são necessários para construção de uma linha de pensamento sólida que ampare as conclusões finais do presente trabalho.

## 2.1 EVOLUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A compreensão atual da dignidade humana é resultado de todo o percurso histórico de sua evolução. Nele se encontram o fundamento e os objetivos da tutela, que se modificaram ao longo dos anos, conforme a modificação social e culminou na tutela positivada por grande parte das ordens jurídicas internas e internacional.

A dignidade da pessoa humana é conceito novo, de difícil definição, pendente entre moral e direito (AMARAL, 2014, p. 79). Sua digressão histórica fornece arcabouço teórico, fincado no campo da teologia e da filosofia, dada a abstração, que contribui para a formação da compreensão contemporânea (PONA, 2015, p. 250).

Há notícias de relevância da dignidade humana desde há tempo remotos<sup>20</sup>, conhecido como período axial<sup>21</sup>, em que, pela primeira vez, o homem se torna objeto de reflexão, “e passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão”, fazendo emergir “os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação de existência de direitos universais, porque a ela inerentes” (COMPARATO, 2015, p. 23-24).

Com o objetivo de formular um recorte metodológico a fim de direcionar a pesquisa aos fins pretendidos, a análise histórica da dignidade da pessoa

---

<sup>20</sup> O presente estudo não se dedicará em se aprofundar no conteúdo histórico da dignidade humana, o qual não é o cerne deste trabalho, limitando a análise perfunctória, mas suficiente, a extrair e embasar o conteúdo do termo na realidade contemporânea, a fim de fundar as conclusões finais sobre a autodeterminação do indivíduo. Sugestão para aprofundamento da reflexão: COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>21</sup> Período compreendido entre os sécs. VIII e II a.C, cujos marcos principais foram: a enunciação de princípios e o estabelecimento de diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje, nascimento da filosofia na Ásia e na Grécia em substituição do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão, nascimento, em Atenas, da tragédia e democracia. Momento de reflexão e interrogação de “quem é o homem?” (COMPARATO, 2015, p. 21-23).

humana se atentará para os três marcos de relevância no pensamento ocidental<sup>22</sup>: o cristianismo, o iluminismo, marcado pela ideia kantiana e a 2ª Guerra Mundial.

Remonta da antiguidade clássica, amparada na influência da doutrina cristã na sociedade da época<sup>23</sup>, o entendimento que viu no sujeito uma pessoa, portadora de dignidade, por considerar que o homem, por semelhante a Deus, lhe tem garantida a liberdade, através do livre arbítrio, que o torna capaz de agir contra seu desejo natural (MORAES, 2006, p. 113). Esses atributos são os mais frequentemente utilizados para defender a dignidade da espécie humana, conferindo superioridade do homem sobre os demais seres vivos (SARMENTO, 2016, p. 26)<sup>24</sup>.

Nos livros sagrados, do Novo e do Velho Testamento, pode-se extrair elementos que compõem a compreensão contemporânea da dignidade da pessoa humana, de individualismo, igualdade e solidariedade, especialmente através da máxima cristã de que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança e todos devem se amar e se respeitar como a si próprios (BARROSO, 2014, p. 15).

Sob os fundamentos cristãos, São Tomás de Aquino enfatiza a dignidade humana como inerente ao homem e residindo na sua própria alma, de forma que o indivíduo não deve olhar somente para Deus, mas voltar-se para si e agir conforme se reconheça digno, pois a “natureza humana consiste no exercício da

---

<sup>22</sup> O ponto de partida da linha evolutiva da dignidade da pessoa humana leva em consideração os contornos e substratos da compreensão contemporânea do instituto, não se reportando ao viés meritocrático e hierárquico previsto na Declaração Universal do Homem e do Cidadão de 1789, em que a dignidade estava atrelada a ocupações e posições públicas, a um *status* superior, uma posição ou classificação social mais alta (BARROSO, 2015, p. 13).

<sup>23</sup> Embora seja atribuído ao cristianismo os primeiros pilares de substrato da dignidade da pessoa humana na visão contemporânea, essa atribuição deve ser vista com reservas, a fim de não impor a exclusividade, sob pena de praticar afirmações inverídicas, pois “muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltar dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar – no contexto das várias religiões professadas pelo humano ao longo dos tempos – para a religião crista a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa humana, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência [...] de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento (SARLET, 2006 OU 2015, p. 30),

<sup>24</sup> A noção de dignidade humana avoca duas ideias diferentes, que se entrelaçam, mas não se identificam necessariamente: a dignidade da *pessoa* humana e a dignidade da *espécie* humana. Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana pressupõe a da espécie humana, mas que o inverso não ocorre. No conceito moderno de dignidade humana presente nas constituições contemporâneas e nos tratados internacionais sobre direitos humanos, essas duas noções estão presentes.

A dignidade da espécie humana consiste no reconhecimento de que o ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada entre todos os seres que habitam o nosso mundo. [...] Já a dignidade da pessoa humana envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser trata com o mesmo respeito e consideração (SARMENTO, 2016, p. 27-28).

razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina (MORAES, 2006, p. 113).

Na visão tomista, especialmente a externada na obra *Suma contra os Gentios*, a hierarquia entre os homens era acolhida e fundada em orientações da Divina Providência. O homem era superior aos demais seres vivos, porém, entre si não havia igualdade, prevalecia uma concepção estamental das relações sociais, que pressupunha desigualdade natural entre os homens, fundada no *status* do indivíduo, proveniente, principalmente, da sua inserção em determinado estamento (SARMENTO, 2016, p. 32).

Este período, denominado pré-moderno, em que o conteúdo que atualmente compõe a dignidade da pessoa humana possuía raízes na providência divina e se justificava na elevação do homem à imagem e semelhança de Deus, transpôs suas barreiras e, sob à luz renascentista, rompeu com o viés puramente religioso ao valorizar a razão humana, período compreendido como moderno.

Em 1486, através do discurso “Oração Sobre a Dignidade do Homem”, Giovanni Picco, Conde de Mirandola, considerado a fundador do humanismo renascentista, com compromisso na valorização e promoção filosófica do homem (MORAES, 2006, p. 114) destacou a importância da busca pelo conhecimento e colocou o homem e a razão no centro do mundo, dissociou a *ratiophilosophicada* subordinação religiosa. Sua obra foi proibida pela Inquisição por considerá-la herética (BARROSO, 2014, p. 17).

O pensador italiano defendia a dignidade da pessoa humana fundada primordialmente na autonomia individual, na sua capacidade de fazer escolhas e definir os rumos da própria vida, conferindo-a como atributo a todas as pessoas, independentemente de seu *status*, porém, ainda não era pressuposto de igualdade de direitos e deveres (SARMENTO, 2016, p. 33).

A autonomia individual já se mostrava, desde aquela época, como um componente fundamental para realização do homem como pessoa, na sua existencialidade, na sua realização como ser, o que, posteriormente, foi reconhecida como dignidade da pessoa humana. Sequer a igualdade material era defendida. Ao lado da individualidade, a autonomia é que representou o estandarte para promoção humana. A promoção da igualdade dos homens surgiu no momento seguinte, colorido pelo iluminismo.

Embora não tenha sido utilizado especificamente o termo dignidade da pessoa humana, as revoluções francesa e americana defenderam seus substratos, garantiram, através do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que “Todos os homens nascem livres e iguais em direito”. O direito natural desse período, reconhecido como anterior e superior ao Estado e fundado na razão, levantava a bandeira dos *direitos do Homem*, com potencial igualitário e universais (SARMENTO, 2016, p. 34-35).

Contribuição de destaque, que marcou a segunda fase da linha evolutiva demarcada neste estudo, foi ministrada “pelo filósofo alemão Samuel Pufendorf, um precursor do Iluminismo e um pioneiro na concepção secular de dignidade humana, a qual ele fundou sobre a liberdade moral” e impulsionou o seu conceito (BARROSO, 2014, p. 17-18) e, em fase mais avançada, emergiu o pensar de Immanuel Kant.

As reflexões de Kant a respeito de moral e autonomia são valiosas para a atual concepção de dignidade da pessoa humana pois, conforme verá, elevou o homem, o ser racional, como fim em si mesmo, não permitindo ser usado como meio e, nem tampouco, ser a ele atribuído preço ou sujeição à substituição.

São reconhecidos, no pensamento kantiano, os fundamentos da Declaração Universal dos Direitos do Homem (GARCIA, 2004, p. 208), como base dos Direitos Humanos, no sentido de acolher o homem como um ser livre e racional (COMPARATO, 2015, p. 34) e seu conceito de liberdade figura em muitos dos debates contemporâneos sobre justiça (SANDEL, 2015, p. 118).

Identificada a importância de Immanuel Kant, passa-se à breve análise da sua vasta produção filosófica, a qual será abordada na profundidade necessária para a comprovação da hipótese que responde à problemática do presente estudo, sem a pretensão de exaurir a pesquisa, que demandaria trabalho autônomo.

A dignidade da pessoa humana é descrita por Immanuel Kant em sua *Crítica da Razão Prática*, publicada em 1788 quando estruturou a moral em novas bases, resumidas no conceito de “imperativo categórico”, contido na sentença de que “age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral”, ou seja, o dever não deve se basear em um mandamento fixo, não é um catálogo de virtudes, mas deve observar uma “forma” que deve valer universalmente e categoricamente (MORAES, 2010, p. 115).

Do imperativo categórico se extraem 3 máximas morais de Kant: (MORAES, 2010, p. 115).

Dignidade humana para Kant como valor intrínseco do ser humano é, no mundo social, possível identificar duas categorias de valores, o preço e a dignidade. “No reino dos fins tudo tem preço ou dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela outra como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.” (KANT, 2011, p. 134).

Houve, portanto, a elevação do homem ao ponto máximo da moral e vedação, categorica, da sua utilização como meio de obtenção de qualquer coisa que seja. A moral, no pensamento kantiano, está intimamente ligada à autonomia e liberdade, as quais possuem significado mais restrito.

No que se refere à autonomia e à liberdade, Kant não as traçou no sentido corriqueiro de se permitir fazer aquilo que se quer, mas fundou na razão prática, no sentido de que a capacidade de raciocinar e de ser livre estão intimamente ligadas e é justamente essa junção que faz o homem distinguir-se dos demais seres e para agir de forma livre, deve-se agir com autonomia<sup>25</sup> e esta, por sua vez, representa o agir livre de qualquer interferência, seja por necessidade natural, desejo, fome ou frio, seja por convenção social. Agir com autonomia significa agir conforme a lei que se impõe a si mesmo (SANDEL, 2015 p. 120-121).

É com supedâneo nos conceitos de liberdade e autonomia que Kant funda o seu conceito de moral, no sentido de que, para que um agir seja moral é necessário que o agente vise o motivo de agir, vise agir porque é certo, porque é seu dever e ponto, se o agir visar qualquer finalidade, ou seja, se o agir “corretamente” visar um porquê, ainda que seja louvável a atitude, foge do conceito de moralidade. “Fundamentar a moralidade em interesses e preferências destrói sua dignidade. Isso não nos ensina a distinguir o certo do errado, mas “apenas a sermos mais espertos” (SANDEL, 2015, p. 119-123).

Como se pode observar, Kant, contrário à teoria utilitarista, define

---

<sup>25</sup> O contrário de autonomia para Kant é a heteronomia. “Uma forma de entender o que Kant quer dizer quando fala em agir com autonomia é comparar o conceito de autonomia com seu oposto. Kant inventa uma palavra para melhor definir esse contraste — heteronomia. Quando ajo com heteronomia, ajo de acordo com determinações exteriores. Eis um exemplo: quando você deixa cair uma bola de bilhar, ela não está agindo livremente. Seu movimento é comandado pelas leis da natureza — nesse caso, a lei da gravidade (SANDEL, 2015, p. 121).

moral como um agir por razão, por ter discernimento de que é o certo, sem visar finalidades, ainda que sejam boas, e o homem, dotado de dignidade, não pode ser, jamais, usado para qualquer fim, ele é fim em si mesmo, ele, assim como a humanidade, é insubstituível, não é passível de precificação e qualquer agir que reduza o homem a uma utilidade, como verdadeiro objeto, é um agir contra a dignidade humana.

Feitas as considerações a respeito da ideia kantiana de dignidade humana, segue seu trajeto histórico e chega na terceira fase da linha evolutiva da dignidade humana, marcada pelos horrores da 2ª Guerra Mundial (09/1939 a 09/1945) e no desejo de recuperação de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e genocídio, com a inserção, em diversos documentos universais e internacionais, assim como em constituições nacionais, de elementos textuais da dignidade humana e a aproximação do direito à moral e a superação do positivismo pré-guerra (BARROSO, 2014, p. 19).

Foi com a 2ª Guerra Mundial que a dignidade da pessoa humana migrou paulatinamente para o universo jurídico, cujo movimento foi alavancado pela reaproximação do Direito à filosofia moral e política e, especialmente, pela sua inserção nos documentos universais e internos dos mais diversos Estados (BARROSO, 2010, p. 4) <sup>26</sup>.

Ocorre que, embora seja grande o leque de documentos internacionais e internos que invoquem a dignidade da pessoa humana, seu conceito e seu conteúdo permanecem abertos, vagos na subjetividade, sujeito à interpretação conforme à cultura de cada povo, e é invocado para os mais diversos fins, nem sempre ligado efetivamente ao interesse do homem.

---

<sup>26</sup> O marco inicial da inclusão da dignidade da pessoa humana no mundo jurídico é controvertida, porém, sem querer exaurir o tema e visando indicar momentos históricos, metodologicamente será acolhida a doutrina que reconhece como marco a 2ª Guerra Mundial, transcrevendo a seguinte posição contrária, defendida por Daniel Sarmento, que arrola algumas Constituições anteriores à grande guerra e que invocaram explicitamente a dignidade da pessoa humana: “As declarações de direitos, constituições e codificações dos séculos XVIII e XIX não aludiam à dignidade humana. Por conta disso, há que afirmar que a preocupação com a sua garantia era alheia ao discurso dos direitos humanos até a 2ª Guerra Mundial. Não é este o meu entendimento. Tais documentos jurídicos se erguiam sobre pressupostos que são da essencial da dignidade humana, como autonomia, a igualdade – pelo menos a formal – e a necessidade de limitação do poder estatal. Mais importante que isso, os direitos reconhecidos nesses documentos e nos que vieram depois – direitos individuais, políticos, sociais, culturais, etc – foram resultados de lutas históricas que, nas palavras de Habermas, tiveram como combustível a “indignação dos humilhados pela violação da sua dignidade humana” (SARMENTO, 2016, p. 52-53).

A dignidade da pessoa humana remodelou a ordem jurídica interna e internacional, contudo, sua natureza jurídica e seu conteúdo ainda são objetos de debates que precisam ser posicionados a fim de objetivar e solidificar sua aplicação e evitar que a abstração esvazie tão relevante conquista.

Este é objetivo das próximas linhas, além de identificar o papel e a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica interna, estabelecer a ponte entre a sua abstração e a necessária objetividade no ato de sua aplicação, almejando extrair dela, a fórmula para o exercício da liberdade apregoada desde seus primórdios, como edificadora da pessoa humana.

## 2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA ORDEM JURÍDICA INTERNA – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA NATUREZA JURÍDICA

A dignidade da pessoa humana possui relevância que transcende os limites estatais do país, contudo, por questões metodológicas, optou-se para o presente trabalho a delimitação no âmbito interno.

Conforme narrado, a dignidade da pessoa humana passou por diferentes significados ao longo de sua história, fazendo emergir o fenômeno praticamente universal de positivação, o qual, segundo Daniel Sarmiento, não ceifou suas facetas não jurídicas, pois aspectos filosóficos e religiosos ainda contribuem para a formação de seu significado, e, contrariando a “saga de zangão”<sup>27</sup> comum nos processos de positivação de direitos naturais, no caso da dignidade da pessoa humana não fulminou ou tornou irrelevante sua dimensão moral, mas, pelo contrário, abriu-se as portadas de entrada da ordem jurídica para argumentações morais e filosóficas (SARMENTO, 2016, p. 57).

É inconteste o ingresso da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, através do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que a consagrou como fundamento da República, na forma de princípio, a elevou à categoria de princípios fundamentais, e lhe atribuiu valor supremo de alicerce para

---

<sup>27</sup> Diz-se que o ápice da vida do zangão ocorre quando copula com a abelha-rainha, o que acontece uma única vez em sua vida. Logo após fecundá-la, o zangão morre. Com os direitos naturais, fala-se que teria ocorrido fenômeno parecido: consagrados nos ordenamentos jurídicos, tais direitos teriam chegado então ao seu momento culminante. Em seguida, foram esquecidos pela teoria e *praxis* jurídicas hegemônicas com a ascensão do positivismo legalista, que gravitava ao redor da legislação, para a qual fora vertido o antigo ideário justanturalista (SARMENTO, 2016, p. 57).

criação, aplicação e interpretação do Direito, pois como estabeleceu Kant para a moral, “é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e se constitui” (MORAES, 2006, p. 116).

A qualidade de princípio fundamental pode ser melhor elucidada, com fins a conferir a sua importante função perante a ordem jurídica, política e social, a partir da ideia e dimensão do termo “princípio”, cuja base doutrinária se fundará nas lições de Alexy, influenciada por Dworkin e difundida amplamente por Canotilho (SARLET, 2011, p. 85), seguida da análise do seu enquadramento, também, como regra e valor.

Para Robert Alexy (2015, p. 90-91), toda norma é uma regra ou um princípio. A principal diferença entre princípios e regras é qualitativa e não somente de grau. Define que princípios “são mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. As regras, por sua vez, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.

J.J. Gomes Canotilho, ao elaborar a estrutura do sistema jurídico o define como um “sistema normativo aberto de regras e princípios”. Dentre as distinções entre regras e princípios estabelecidas pelo autor, ensina que os princípios consistem em normas, compatíveis com diversos graus de abstração de acordo com os condicionalismos fáticos e jurídicos, ao passo que as regras são imperativas na determinação (permissão ou proibição) de condutas. A distinção tem reflexo quando da verificação de conflitos, pois no caso dos princípios a solução se dá através da regra de ponderação, enquanto das regras por regras de antonímia (CANOTILHO, 2003, p. 1161).

Os princípios podem ainda ser analisados enquanto gênero do qual tem dentre suas espécies os princípios fundamentais, assim compreendidos como princípios político-constitucionais, que “explicitam os valores políticos fundamentais do legislador constituinte” (CANOTILHO, 2003, 1166).

A dignidade da pessoa humana se encontra prevista logo no início da Constituição Federal de 1988, no título “Dos Princípios Fundamentais”, o que

demonstra, sem apego excessivo à positivação, a intenção clara do constituinte no seu enquadramento, conferindo-lhe a força para cumprimento de sua função dentro da ordem jurídica interna, cujo conteúdo não se limita à ética e moral, mas de *status* constitucional formal e material e inequivocamente carregado de eficácia. Alcança, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade, sendo certo que a positivação e a elevação da dignidade da pessoa humana a princípio fundamental não afastam o seu papel como valor fundamental geral, que irradia seus efeitos para o Direito. O caráter principiológico vem justamente conferir maior rigor na eficácia e efetividade, bem como nas demais ordens, política, social, etc. (SARLET, 2011, p. 82-86).

Portanto, a dignidade da pessoa humana, embora positivada e elevada como princípio fundamental, não deixou de ter a qualidade de valor, pois ambos coexistem e, geralmente, o ingresso deste na ordem jurídica, se dá na forma de princípios. “A dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito”, sendo consenso de que ela “constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando expressamente prevista nas suas constituições e, na forma de valor e de princípio fundamental funciona tanto como justificação moral como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais (BARROSO, 2012, p. 153-154).

Mais adiante, partindo da distinção normativa entre regras e princípios, defende-se no presente estudo, sem a pretensão de aprofundar e exaurir a temática, que a dignidade da pessoa humana é um princípio, cujo mandado de otimização corresponde à proteção e promoção da dignidade da pessoa (SARLET, 2011, p. 87), um valor e também uma regra.

Luís Roberto Barroso define com clareza o conteúdo da dignidade da pessoa enquanto regra, a qual surge no momento da aplicação concreta do princípio e incentiva o leitor a visualizar o princípio como dois círculos concêntricos, sendo o círculo interno, próximo ao centro, o que contem seu conteúdo essencial e é fonte de direitos e deveres, positivados ou não, possuem determinações categóricas de conduta. Exemplo de núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, na qualidade de regras, a vedação à tortura, à privacidade e à autoincriminação (BARROSO, 2012, p. 156).

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana é um valor, um

princípio fundamental e uma regra, que norteia a ordem jurídica interna, mas a ela não se restringe. Contudo, na qualidade de princípio pode ser relativizada, adotando para fins deste estudo a doutrina defendida por Luís Roberto Barroso (2012, p. 156), que não reconhece a possibilidade de princípios absolutos, de forma que o princípio da dignidade da pessoa humana é relativo e passível de análise concreta através da ponderação, sendo absoluta somente as suas regras, sujeitas ao regramento, quando necessário, do “tudo ou nada”. (SARLET, 2011, p. 87-89).

A Dignidade da Pessoa Humana, como valor fundamental da ordem jurídica, reflete em todas as relações e situações jurídicas e é possível verificar, inclusive, seu uso indiscriminado para fundamentar pontos de vista e interesses antagônicos, conferindo recursos para solução de casos de difícil solução, como são os tutelados pelo Biodireito.

Desta forma, ao zelar pela sua correta e eficaz aplicação, é importante extrair seu conteúdo mínimo e identificar, em até que ponto, a Dignidade da Pessoa Humana liberta e até que ponto ela limita o agir humano.

### 2.3 CONTEÚDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Desde já, cumpre esclarecer que não se pretende, neste ponto, traçar os contornos exatos e o conteúdo da Dignidade da Pessoa Humana, desejo desde há muito perseguido pelos maiores pensadores jurídicos e filosóficos, que em que pese as grandes contribuições, ainda não se sentiram confortáveis em indicar, categórica e exaustivamente, o significado e amplitude do instituto.

Para dar sequência ao estudo, acolhe-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica e como “expressão normativa do valor fundamental do ser humano na ordem jurídica brasileira” (AMARAL, 2014, p. 77).

Estabelecer o conteúdo material da dignidade da pessoa é de extrema relevância e necessidade, tendo em vista as funções que exerce no mundo jurídico e a vastidão de seu campo de incidência, cada vez mais é ampliado, especialmente quando inserido no renovável terreno do Biodireito, marcado pela fertilidade de novas situações, tão novas quanto inimagináveis para qualquer operador jurídico, aliás, que surpreende até mesma à própria ciência.

Daniel Sarmento (2016, 77-82) elenca como principais, sete funções

da dignidade da pessoa humana. A primeira, a legitimação do Estado e do Direito, no sentido de atribuir fundamento moral e estabelecer que ambos existem em razão da pessoa, e não o contrário; a segunda, ser ela norte para a hermenêutica jurídica, guiando os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito, fazendo-se irradiar para todos os ramos da ordem jurídica, onde se inclui, o Direito Privado e o Biodireito, objeto deste estudo. Dentro do campo hermenêutico, situa-se a terceira função que consiste numa importante diretriz de ponderação entre interesses colidentes, que, embora não seja exclusivo, visa reduzir o arbítrio do intérprete e o enfraquecimento de direitos fundamentais.

A quarta função parte do acolhimento da teoria da relatividade do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>28</sup> e a considera fator de limitação de direitos fundamentais em virtude da proteção da dignidade humana de um terceiro ou do próprio titular do direito. A quinta função é a orientação e controle dos atos estatais e particulares, atribuindo invalidade àqueles que ofenderem o seu conteúdo (SARMENTO, 2016, p. 82-84).

A terceira, quarta e quinta funções serão enfrentadas reiteradamente no curso deste estudo. Em se tratando de conflitos envolvendo o biodireito e, mais ainda quando se fala em aperfeiçoamento genético, o papel norteador da dignidade da pessoa humana irá balizar os limites para realização dos procedimentos biológicos disponibilizados pela ciência, a fim de verdadeiramente conferir benefício para a pessoa e para a humanidade em geral.

A sexta e a sétima funções se referem aos direitos fundamentais. A sexta função corresponde ao critério para identificação de direitos fundamentais<sup>29</sup> que não estejam inseridos nos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, mas em outras partes ou, até mesmo, em outros documentos normativos. Os direitos fundamentais, não se exaurem no art. 5º, §2º, CF, são assegurados por cláusulas pétreas e sua aplicabilidade é imediata. Pela sétima função conferida pelo autor, a dignidade humana fundamenta o surgimento de novos direitos fundamentais, visando evitar que danos à dignidade humana sejam relevados em virtude de lacuna

---

<sup>28</sup> Para aprofundar conhecimento a respeito da divergência doutrinária a respeito do caráter absoluto ou relativo do princípio da dignidade da pessoa humana, ler: SARMENTO, 2016, 82 e 94-99).

<sup>29</sup> Não será abordado, por técnica metodológica, a respeito da divergência jurídica sobre a invocação da dignidade da pessoa humana para negar fundamentalidade a direitos assim previstos constitucionalmente, quando não atinentes à dignidade humana. Recomenda-se a leitura de SARMENTO, 2016, p. 85.

normativa (SARMENTO, 2016, 84-87).

Gustavo Tepedino reconhece na dignidade da pessoa humana, considerada como cláusula geral, a função remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro, pois funcionaliza as situações jurídicas, patrimoniais e existenciais, ascende os anseios sociais à realidade normativa, refuta a aplicação do Direito Privado à mera técnica negocial, ao reconhecê-lo como eficaz tutor das relações intersubjetivas (TEPEDINO, 2006, p. 342).

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 118) atribui ao princípio da dignidade da pessoa humana a importância de ser “o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática, necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil”.

A constatação de Maria Celina Bodin de Moraes é confirmada por meio desta pesquisa, pois, em terreno tão fértil como é da autodeterminação, em que indivíduos, inseridos numa sociedade pluralista, buscam se realizar enquanto pessoa no exercício de suas liberdades de escolha, e do Biodireito, quando essa liberdade afeta diretamente a vida humana e, inclusive, a própria espécie humana, conforme será objeto de estudo quando adentrar na abordagem do aperfeiçoamento genético, somente a dignidade da pessoa humana traduz as fronteiras da autodeterminação.

Como se pode notar, o princípio da dignidade da pessoa humana é o centro que irradia luz por todo o ordenamento jurídico brasileiro, extrair seu conteúdo material é necessário a fim de que se possa ser conduzido pelos rumos por ele traçados em direção aos fins almejados, sem utilização desvirtuada para legitimar propósitos não legítimos.

Diante da amplitude inerente à dignidade da pessoa humana, deve-se ater ao cuidado de não se estabelecer conceitos e regras congeladas e restritas que limitem ou inviabilizem seu vasto âmbito de incidência, mas sim estabelecer diretrizes que garantam a sua plena tutela. Porém, em virtude de o instituto alcançar todos os setores da ordem jurídica, que permite uma imensidão de conotações, é arriscado estabelecer conceito e conteúdo abstrato e geral, que o torne leviano e dificulte sua aplicação concreta (MORAES, 2006, p. 119).

A tarefa não é fácil e o desafio atormenta pesquisadores do mundo todo na busca de um conteúdo, conforme pretendido por Daniel Sarmiento, ou, ainda mais adiante, um conteúdo universal de acordo dentro do ordenamento jurídico interno

com o desejado por Luís Roberto Barroso (2012, p. 156).

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 369-375), desafiando os céticos, envida esforços na busca de uma definição do conteúdo de dignidade humana, ao menos no âmbito jurídico, destacando a necessidade de entrosamento do Direito com a Filosofia para tanto, identificando-a em dimensões.

Parte da dimensão ontológica, mas não necessariamente biológica, de que a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, existente não apenas onde o Direito a reconhece, mas que a ele preexiste e está intrinsecamente ligada à liberdade. Perpassa pela dimensão comunicativa e relacional, que avalia a pessoa enquanto integrante de uma sociedade e, portanto, diante de semelhantes detentores da mesma dignidade e direitos. Destaca a dimensão cultural, marcada pela necessária relevância da apreciação histórico-cultural do caso concreto. Por fim, o autor distingue os termos “dignidade humana”, reconhecida a todos os seres humanos, sem considerar a pessoa concreta, suas condições pessoais; e “dignidade da pessoa humana”, cujo centro é a pessoa concreta com todas as suas vicissitudes (SARLET, 2007, p. 369-375).

Por fim, menciona as dimensões negativa (limite) e prestacional da dignidade, as quais se manifestam, simultaneamente, como expressão de autonomia, vinculada à ideia de autodeterminação relativas às decisões essenciais da própria existência, e de necessidade de proteção por parte da comunidade e do Estado (SARLET, 2007, p. 377-378), sugerindo proposta pessoal de uma conceituação jurídica, que extrai elementos filosóficos especialmente de Dworkin e Kant, de que se trata da:

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 383).

As dimensões da dignidade da pessoa humana traçadas por Ingo Von Sarlet (2007, p. 383) conferem substância à dignidade da pessoa humana, mas a proposta deste estudo é caminhar mais além, é estabelecer, no conteúdo mínimo os

elementos e critério de baliza da autodeterminação, não como uma regra engessada de solução de conflitos, que comprovadamente já se verificou não ser possível em se tratando de casos envolvendo Biodireito, mas traçar uma fórmula padrão que permita uma análise mais objetiva, lógica e segura de situações concretas, porém, que seja geral a fim de permita sua aplicação nas mais diversas possibilidades, tanto já identificadas como que possam emergir do avanço da ciência.

Da análise do que Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 383) entende por conteúdo da dignidade da pessoa humana, é possível extrair que a enxergam como característica intrínseca da pessoa, está envolvida na sua realização existencial, mas inserida numa sociedade que emprega direitos acompanhados de deveres e limitações. As mesmas linhas gerais são adotadas por demais autores, porém, em outra abordagem e, por melhor se amoldar ao objeto desta pesquisa na solução de casos difíceis, será adotado como marco teórico a classificação do conteúdo mínimo de Luís Roberto Barroso, acrescentado com as contribuições de demais autores e especialmente Maria Celina Bodin de Moraes e Daniel Sarmento.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 119), partindo dos postulados filosóficos de Kant, de dignidade humana como valor intrínseco às pessoas humanas, identifica como substrato material do instituto quatro elementos: a) Igualdade, quando o sujeito moral (ético) reconhece a existência de outros como sujeitos iguais a ele; b) Integridade psicofísica, que decorre do fato de que, portanto, todos são merecedores do mesmo respeito à integridade psíquico e física; c) Liberdade, pois os sujeitos são dotados de vontade livre e autodeterminação; e d) Solidariedade Social, uma vez que o sujeito está inserido numa sociedade, faz parte do grupo social e tem a garantia de não ser marginalizado.

Daniel Sarmento (2016, p. 93) classifica o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana em quatro elementos distintos da autora acima citada: a) valor intrínseco, fundado na fórmula kantiana de que o homem é um fim em si mesmo, que veda sua instrumentalização; b) autonomia, onde aborda a privada, ligada à autodeterminação, e a pública, à democracia; c) mínimo existencial, que busca garantir condições mínimas de vida digna; e d) reconhecimento que se conecta ao respeito à identidade individual e coletiva.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 156) intenta a construção do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana não no âmbito jurídico interno, mas universal.

Partindo da análise do tratamento jurídico em alguns países e no âmbito transnacional, o autor reconhece dois papéis de destaque: o primeiro, o de funcionar como fonte de direitos e deveres, incluindo aqueles não expressamente normatizados, mas que são reconhecidos pela sociedade; e o segundo, o papel interpretativo, sendo eleito como boa bússola na extração dos sentidos das normas e na solução quando dos complexos conflitos de interesses, em alguns casos, ambos fundados na dignidade da pessoa humana, emergindo a relatividade, sem reconhecer sua importância.

Como já mencionado, o autor busca um conteúdo mínimo transnacional da dignidade da pessoa humana, e, por reconhecer a dificuldade apresentada pela diversidade cultural, social e política nos diversos países, se funda numa filosofia universal, de respeito à pluralidade; laica, no sentido de que religião é uma questão privada de cada indivíduo e na política e em assuntos públicos, a visão humanista e racional deve prevalecer; e neutra, no sentido de que o Estado não deve se posicionar quando diferentes concepções razoáveis de vida boa encontram-se em conflitos. Nesta base, em sua concepção, autodenominada minimalista, identifica três substratos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário (BARROSO, 2012, p. 161).

A seleção realizada por Luís Roberto Barroso se funda no conteúdo moral da dignidade da pessoa humana e, dentro de cada qual é possível extrair direitos e interesses jurídicos a serem tutelados. Este critério foi fundamental para sua seleção como marco teórico desta pesquisa, uma vez que confere maior elasticidade e contemporaneidade à dignidade humana.

A classificação realizada por Maria Celina Bodinde Moraes compreende direitos e interesses já especificados, os quais seguirão regra de ponderação no ato de aplicação do Direito na busca de solução aos casos concretos. No entanto, ainda que flexível, apresenta maior rigidez que a classificação ponderada por Luís Roberto Barroso, o qual não ignora os direitos e interesses destacados pela autora, mas os inclui, não *numerusclausus*, dentro de categoria maior fundada na moral e, portanto, com maior amplitude e fluidez.

A classificação de Daniel Sarmiento em muito se assemelha a eleita neste estudo, porém, categoriza o reconhecimento como a vertente coletiva da dignidade humana, no entanto, o valor comunitário melhor traduz a extensão do seu conteúdo, sendo mais abrangente, portanto, escolhido como critério de regulação de

autodeterminação.

A pretensão em selecionar o conteúdo mínimo da dignidade humana em componentes morais na forma traduzida por Luís Roberto Barroso é conferir elasticidade e flexibilidade máxima ao conteúdo, para que a adequação à constante e veloz movimentação social confira uma fórmula geral, técnica, justa, segura e contemporânea de solução de casos difíceis.

A característica principal dos *hard cases*, assim nominados sob a influência americana os casos difíceis, é justamente a ausência de norma legal expressa e específica, dependendo, na grande maioria das situações, de construção doutrinária e reflexiva do aplicador do direito, o qual exercerá uma função criadora do próprio Direito. Onde não há Direito posto, o Direito precisa ser construído. Um interesse juridicamente e socialmente relevante não pode ficar sem amparo jurídico.

Na construção do Direito, contudo, surge a possibilidade de decisões diversas e completamente antagônicas que invocam a dignidade da pessoa humana. Desperta-se insegurança jurídica e a banalização da dignidade da pessoa humana, que é justamente o que se pretende evitar, ao traçar uma fórmula geral que, aplicada ao caso concreto, conduzirá jurista por um único caminho formalmente traçado, mas com conteúdo material flexível.

Os componentes do conteúdo mínimo funcionarão como filtro, que conforme forem sendo ultrapassados vão sendo identificados direitos e interesses fundamentais que, por possuírem natureza principiológica, serão ponderados, seguindo a regra da proporcionalidade e conduzirá a aplicação do Direito para uma solução mais homogênea. Passa-se à análise de cada componente moral da dignidade da pessoa humana e de seus substratos jurídicos:

### 2.3.1 Valor Intrínseco

*Um vagão de trem voa nos trilhos, desgovernado e sem frio. Alguns metros à frente estão cinco pessoas inocentes, que foram amarradas sobre os trilhos por um malfeitor. Não há tempo suficiente para retirar essas pessoas da frente do vagão, nem desviá-lo. Ao seu lado, atônito, um indivíduo também observa a cena. Num instante, você percebe que a única forma de salvar os cinco é empurrar esse observador inocente para a frente do trem, já que o impacto da colisão do seu corpo com o vagão evitaria o outro choque. Se o ato for praticado, cinco vidas serão salvas, mas uma terá de ser*

*sacrificada. Seria justo o empurrão? (SARMENTO, 2016, p. 102-103).*

O texto transcrito faz refletir. A decisão imediata, sem reflexão, planta a dúvida, a insegurança, o temor e finalmente, o alívio em pensar que é somente uma ficção que inicia o pensamento a respeito do valor intrínseco da pessoa e não é necessário, faticamente, tomar uma difícil decisão.

E então surge uma segunda questão. Se as cinco pessoas presas aos trilhos fossem terroristas que ameaçam toda uma nação. Qual seria a resposta? E se o terrorista fosse o observador que, se jogado nos trilhos, salvaria a vida das cinco pessoas inocentes. Alteraria a resposta?

Diariamente situações como essa são colocadas em discussão, umas de forma menos chocante e outras que assustam. No Biodireito a temática é constante, divide posicionamentos e, conforme o ponto de vista e o interesse em jogo, são defendidas respostas antagônicas, que clamam por uniformização coerente e justa, capaz de proteger a humanidade e as pessoas e que não representem entraves aos avanços científicos.

São notórias as campanhas de doação de sangue e medula, dada a premente necessidade nos respectivos bancos, e, no início de anos letivos, na tradicional prática de trotes aos calouros, por atos de generosidade e cidadania, veteranos praticam trote solidário e motiva a doação de sangue. Será que esse trote poderia ser imposto pelos veteranos aos calouros? Poderia haver “pena” aos que não fizeram a doação? O que é uma agulhadinha diante das vidas que serão salvas com o gesto?

A mesma reflexão incide no caso dos bebês medicamentos. O caso Adam Nash tornou conhecida a utilização de técnica de reprodução humana artificial, quando, em 05 de outubro de 2005, nasceu nos Estados Unidos, após criteriosa escolha embrionária em meio a 14 embriões, pelo fato de suas células serem compatíveis com as de sua irmã Molly, portadora da doença de fanconi<sup>30</sup>. A seleção embrionária resguardou Adam Nash do nascimento com genes portadores da mesma anomalia da irmã e viabilizou a cura desta através de material biológico retirado do

---

<sup>30</sup> A doença de fanconi é uma enfermidade genética que se desenvolve a partir dos 6 anos podendo levar a morte entre os 15 e 20 anos, cujo tratamento de maior êxito e menos invasão à integridade física da criança é o transplante de células do cordão umbilical (COUSINEAU, *apud* FÉO; VIEIRA, 2009, p. 57).

cordão umbilical no momento do nascimento (FÉO; VIEIRA, 2009, p. 57).

Que mal haveria no nascimento de um “bebê medicamento”? Um irmão já nasceria com a nobre função de salvar o outro. Já nasceria um herói. Mas até que ponto que o nascimento instrumental desse ser violaria seus aspectos existenciais? Haveria limites a essa instrumentalidade?

Essa segunda situação, mais rara, mas já não tanto, choca mais que a primeira. Mas ambas fazem emergir a necessidade de debate sobre o primeiro componente da dignidade da pessoa humana: o seu valor intrínseco.

Esse primeiro componente a ser analisado e que servirá de base para o estudo dos demais, está diretamente ligado à natureza do ser e se localiza no extremo oposto do conceito de valor atribuído ou instrumentalidade, pregados tanto por concepções utilitaristas<sup>31</sup> como organizacionais<sup>32</sup>.

Seu fundamento possui raízes fortes na concepção kantiana e segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 162-163), pode ser analisado sob dois planos: filosófico e jurídico.

No plano filosófico, consiste no elemento ontológico, ligado diretamente à natureza do ser, do qual se extrai dois postulados: o antiutilitarista e o antiautoritário. O primeiro se funda no imperativo categórico de Kant, já bordado em item anterior, e segue a máxima de que o homem é um fim em si mesmo e não meio para obtenção de finalidade, seja ela pessoal ou coletiva. O segundo, antiautoritário, se funda na ideia de que o Estado existe em função do indivíduo e não o contrário e conclui o raciocínio de que por ser um valor intrínseco um conteúdo essencial da dignidade humana, ele é um valor objetivo, que não se perde, mas é inerente a todos, independentemente da prática de comportamentos reprováveis e da razão, está

---

<sup>31</sup> “Utilitarismo é uma das mais importantes teorias morais da Modernidade, que preconiza, em síntese, que a solução mais correta para os problemas humanos é a que maximiza a felicidade ou os interesses do maior número de pessoas. Nas palavras de Stuart Mill, o utilitarismo é ‘a crença que aceita como fundamento da moral a utilidade, ou o princípio da maior felicidade’, segundo o qual ‘as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade, e erradas quando tendem a produzir o inverso da felicidade.’” (SARMENTO, 2016, p. 126).

<sup>32</sup> “O organicismo é uma teoria que se baseia em um paralelo entre a comunidade política e um ser vivo, concebendo cada indivíduo como uma espécie de órgão desta entidade maior. Para o organicismo, as comunidades políticas – identificadas muitas vezes como o Estado – possuem fins próprios, que transcendem aqueles das pessoas que as integram. Trata-se de concepção anti-individualista, que justifica o sacrifício dos direitos das pessoas em favor dos “interesses superiores” da comunidade. De acordo com a lógica organicista, da mesma forma que é razoável amputar um membro necrosado para salvar a vida de uma pessoa, é também legítimo suprimir direitos de um indivíduo para proteger o “corpo social.” (SARMENTO, 2016, p. 118).

presente em bebês, pessoas senis e que não tenham condições de raciocínio (BARROSO, 2012, p. 162-163).

Neste ponto é possível identificar a discordância com os preceitos da ideia de Kant, para o qual a razão é elemento que compõe seu conceito de dignidade humana. Porém, não é possível acolher integralmente esse conceito, pois, como destacou Luís Roberto Barroso, como valor intrínseco da pessoa, a dignidade da pessoa humana recai sobre todos os indivíduos, independente da sua capacidade de exercer sua razão, sendo conferida, também, ao doente mental ou a uma criança.

Também Ronald Dworkin (1998, p. 305)., embora seu conceito de dignidade da pessoa humana, até certo ponto, convirja com as lições da Kant, especialmente em se tratar de valor intrínseco do homem, visto um fim em si mesmo, há pontos de divergência, que parece flexibilizar o conceito kantiano. Para o autor, a razão não é adotada como requisito de dignidade e desta forma estende seu valor a todos, e não somente àqueles dominados pela razão kantiana. Inclui seres com ausência de discernimento, permanente ou transitório, pois a ninguém é permitido sofrer de indignidade.

No plano jurídico, do valor intrínseco emergem diversos direitos fundamentais. O primeiro e, sem o qual não haveria o porquê desta discussão, é a vida. O direito à vida é preenchido quase que totalmente pela dignidade da pessoa humana e deixa espaço para poucas situações específicas como aborto, suicídio assistido e a pena de morte (BARROSO, 2012, p. 164).

Antônio Junqueira de Azevedo defende a absoluta intangibilidade da vida, como pressuposto do princípio da dignidade da pessoa, por considerar que sem vida não há pessoa e, conseqüentemente, não há dignidade. Cita exemplos em que o ato de consentimento não tem a força de determinar sobre a vida humana, como a proibição de eutanásia, impossibilidade de introdução legislativa da pena de morte, abortamento de embrião (aborto voluntário) e, inclusive, sobre a vida em geral quando, moral e eticamente, é rejeitada atividade gratuita destruidora de embrião pré-implantatório, pois, ainda que não esteja no fluxo vital contínuo da natureza humana e não se possa dizer se tratar de “pessoa humana”, sua vida é protegida (AZEVEDO, 2002, p. 95-96).

Pontes de Miranda (2000, p. 40) afirma que o direito à vida é inato e “ubíquo: existe em qualquer ramo do direito, inclusive no sistema jurídico supra-estatal

(direito das gentes). É absurdo reduzi-lo a direito privado”.

O direito à vida e todas as suas implicações exigiria percorrer longa lista de fatores que não guardam relação com o trabalho ora proposto, mas é importante estabelecer algumas características que revestem o direito à vida, ainda que não seja o tema central da pesquisa.

Adriano de Cupis (2004, p. 72-75) compreende que o direito à vida é um direito inato e o bem da vida se sobrepõe aos outros, cuja conclusão é facilmente deduzida do fato de que nenhum outro bem pode ser concebido de forma dele separada. Para o autor, como todos os direitos da personalidade, são irrenunciáveis e intransmissíveis, porém, diferente dos demais, o consentimento do seu titular recebe tutela distinta e, mesmo havendo manifestação de vontade, não é admitido e tutelado pelo Direito o interesse no seu cerceamento. A exemplo do suicídio, nega a existência de que se configure ato de exercício de direito, pois, ainda que inexista uma lei proibitiva, não se considera legítimo o *contrariosensu*, que seja permitido. A tutela da vida e sua manutenção, mesmo contrária à vontade do seu titular subjaz até mesmo sentença condenatória a pena de morte, de forma que qualquer lesão produzida fora do tempo e modo ao direito à vida do condenado é considerada ilegítima.

Sem adentrar no polêmico conflito entre a pena de morte e o direito à vida, Carlos Maluquer de Motes (1993, p. 33) entende que a tutela deste bem jurídico de primeira importância estabelece a abolição da pena de morte, pois se trata de um bem indisponível, tanto para o particular como para o Estado. Não se fala em direito subjetivo à vida no sentido de dela poder exercer a autonomia. A vida alheia e a própria devem ser respeitadas. O autor remete o direito à vida ao direito à saúde, atribuindo ações afirmativas ao Estado em prol da população.

O debate sobre o direito à vida se arrasta desde longos tempos, porém, atualmente se revestem de nova roupagem. Questões vitais até pouco tempo debatidas com exclusividade, como aborto e decisões terminativas da vida, hoje já começam a se mesclar com questões trazidas pelo avanço da ciência. Como dito acima, já é possível a criação de um embrião artificialmente, com doadores de material genético ou, até mesmo, produzidos os próprios gametas em laboratório. Com a recém divulgada notícia de possibilidade de gestação de uma criança através de um útero artificial, uma máquina, novos rumos sobre o direito à vida são vislumbrados. Haveria possibilidade de aborto de um feto gerado artificialmente? Haveria vida a ser

tutelada numa criação artificial do homem?

As questões buscam respostas e são trazidas a esta análise somente como reflexão interna individual, apresentar uma resposta nessa fase é ainda prematura, sendo certo que a vida é a base primordial para o exercício de qualquer direito e, digna de tutela, fundamenta e justifica a existência de todos os demais.

Outro direito fundamental que repousa suas bases na dignidade da pessoa humana é a integridade psicofísica, que pode ser desmembrado em direito à integridade física, que veda a tortura, trabalho escravo, penas cruéis ou degradantes; e em direito à integridade psíquica, que compreende a honra pessoal, a imagem e privacidade (BARROSO, 2012, p. 164).

Para Carlos Maluquer de Motes (1993, p. 34) “hablar de integridade física es referirse al modo de ser físico de la persona, sus atributos” e adentra no debate sobre doação de órgãos de pessoas vivas e mortas, admitindo desde que respeitada a integridade do doador e o consentimento expresso.

O consentimento para os atos de disposição do próprio corpo, ou seja, aqueles que lesam a integridade física do seu titular é analisado por Adriano de Cupis (2004, p. 77-78), para o qual, por força do artigo 5° do Código Civil Italiano<sup>33</sup>, o legislador o admite desde que a diminuição da própria integridade física não seja permanente e não contrarie a lei, ordem pública e bons costumes e reconhece a importância da tutela do interesse público relativo ao tema, na medida em que a “integridade constitui condição de convivência normal, de segurança, de eficaz desenvolvimento da atividade individual profícua”.

Para Elimar Szaniawski (1993, p. 270-273), adepto da doutrina atual que refuta o corpo humano como propriedade<sup>34</sup> de seu titular, compreende o direito à integridade física, quanto à sua natureza jurídica, como “uma tipificação dos direitos da personalidade destinados a assegurar a proteção dos interesses materiais e morais

---

<sup>33</sup>**Art. 5 Atti di disposizione del proprio corpo.** Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Tradução: “Os atos de disposição do próprio corpo são proibidos quando causem uma diminuição permanente da integridade física ou quando sejam por outro modo contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes” (DE CUPIS, 2004, p. 77).

<sup>34</sup> A doutrina tradicional que reconhecia no corpo humano um direito de propriedade ao seu titular, era defendida principalmente pelo espanhol Borrel-Maciá, em sua obra *La Persona Humana*, e deu origem ao dogma da intangibilidade absoluta do corpo humano, o que significava que todo indivíduo sobre o seu corpo a mesma relação que teria com algum objeto de sua propriedade, podendo dispor livremente de si mesmo (SZANIAWSKI, 1993, p. 271-273)

do ser humano em relação ao seu próprio corpo” e não compreende somente a incolumidade anatômica e externa do corpo humano, mas abrange sua existência, inclusive o direito à saúde, o direito de não ser contagiado por outrem, além dos limites da morte. Há tutela, portanto, também do respeito ao próprio cadáver. “É necessário uma visão ampla e uma tutela ao direito à integridade física de modo genérico, a fim de assegurar o livre desdobramento da personalidade e dignidade humana”.

Tecidas algumas considerações a respeito da integridade física, é necessário esclarecer que alguns doutrinadores, dentre eles Pontes de Miranda, compreende a integridade psíquica como autônoma e não incorporada na integridade física ou, melhor, no conceito unitário de integridade psicofísica.

Pontes de Miranda (2000, p. 54-55), por coerência de sistemática jurídica, compreende a integridade psíquica e a física separadamente, pois podem haver lesões em uma sem que se afeta a outra e coloca aquela na frente desta, considerando que deve ser salva em primeiro lugar quando ambas estiverem em risco. Outra parte da doutrina, contudo, defende o conceito unitário de integridade, por compreendê-la como componente indivisível da estrutura humana dentro da concepção unitária de pessoa (SZANIAWSKI, 1993, p. 275).

O direito à integridade psíquica visa tutelar o indivíduo contra atentados à sua psique, pois “o equilíbrio psíquico e a integridade física constituem matéria do direito à saúde e esta deve ser garantida pelo poder público, não somente no interesse do próprio indivíduo, mas também por razões sociais”. Trata-se de um direito absoluto<sup>35</sup>, no sentido de que todos tem o dever de respeitar a incolumidade anatômica contra os bens jurídicos tutelados pelo direito à integridade psicofísica. A única exceção é o estado de necessidade, correndo o indivíduo iminente risco de vida. (SZANIAWSKI, 1993, p. 275-277).

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 127-129) faz análise do direito fundamental da integridade psicofísica, no qual inclui a integridade física e a psíquica, como um componente específico da dignidade da pessoa humana e o analisa sob a vertente do Biodireito e da Bioética, pois é nesse vasto e novo campo que as maiores ameaças são identificadas, como, por exemplo, temas decorrentes da reprodução

---

<sup>35</sup> Para Elimar Szaniawski, embora o direito à integridade seja absoluto, ao contrário da vida ele é disponível (SZANIAWSKI, 1993, 279). Extrai-se, portanto, que a tutela perante lesões a serem praticadas por terceiros, sem o consentimento do seu titular é absoluta, porém, o titular tem a liberdade de disposição, que será melhor abordada no item 4.1.

humana assistida, com a procriação *post mortem* e congelamento de embriões, privacidade de dados genéticos, experimentação em seres humanos, mudança de sexo, e, até mesmo, clonagem, os quais se enquadram nos direitos humanos de quarta geração.

Para a autora, o Projeto Genoma Humano traz imensuráveis efeitos na sociedade e revoluciona o próprio reconhecimento que o homem tem de si mesmo e remete à reflexão sobre a necessidade de intervenção externa na tutela da integridade psicofísica do indivíduo, inclusive de ameaças provenientes de si próprios, cujo cerne é a extensão do seu direito à liberdade (MORAES, 2006, p. 134-135).

A tutela da integridade psicofísica, é latente e demanda cautela no cuidado com a permissibilidade de realização de procedimentos, possíveis pela biomedicina, porém, inviável pelas suas consequências sociais, éticas e jurídicas.

Através do processo de seleção embrionária já é possível, pela ciência, identificar caracteres genéticos do indivíduo que definem desde aspectos patológicos a características físicas. À bioética e ao biodireito tem sido reservado o debate a respeito da legitimidade de seleção embrionária pelos titulares do projeto parental, e a conclusão, até o momento, é de maior consenso para o reconhecimento enquanto meio de evitar doenças patológicas graves, que pudesse representar, no futuro, limitação da personalidade do ser.

Contudo, o debate é consolidado quando há o desejo de seleção do embrião para fins estéticos. Sem mesmo adentrar a fundo na amplitude do tema, o qual será novamente abordado quando do teste empírico da fórmula da autodeterminação composta pelo conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, pode-se extrair facilmente a preocupação em relação à integridade psíquica da pessoa que nasce após a escolha, pelos pais, de suas características físicas, biológicas, dentre outras, que, no mínimo, nasce com a responsabilidade de atender às expectativas nela depositada, cerceando, desde o nascimento seu desenvolvimento psíquico pleno, mas já pré-programado pelos seus genitores, que vão além, muito além das meras expectativas de sucesso, futuro bom que todo pai sonha para seu filho.

A mesma reflexão se aplica no caso do bebe medicamento, cuja medida de violação da integridade física e psíquica varia conforme a utilização da criança nascida para salvar a vida. No exemplo acima citado do caso Adam Nash, não

houve lesão à integridade física pois todo o material foi colhido do cordão umbilical e não extraído da sua pessoa. Poderia falar em lesão à integridade psíquica, porém, o simples fato de se planejar um filho para salvar outro não implicaria uma lesão. Inúmeras são as crianças que nascem sem serem planejadas, que em um primeiro momento são rejeitadas, ou que a gravidez tem origem em uma tentativa de manter um relacionamento, sem que tenham lesada sua integridade psíquica.

No entanto, há casos extremos, como o narrado no livro “A Guardiã da Minha Irmã”, de Jodi Picoult (2011, p. 2), em que a irmã medicamento é instrumentalizada durante diversas situações, sem seu consentimento, com lesões físicas e psíquicas e, já no prólogo, a irmã mais nova, nascida para salvar a vida da irmã mais velha, retrata o ponto que se podem chegar os efeitos nefastos da utilização do ser em prol de seu semelhante.

Quando crescemos, eu parecia não existir, excepto em relação a ela. Observava-a enquanto dormia do outro lado do quarto, com uma longa sombra a unir as nossas camas, e contava as maneiras. Veneno, deitado em cima dos seus cereais. Uma corrente forte na praia. Um relâmpago. (PICOULT, 2011, p. 2).

Nas situações indicadas, que somente têm resposta jurídica adequada quando analisada concretamente e com base em suas vicissitudes, é possível identificar a utilização do ser em prol de outro, que, ainda que represente ato heroico aos olhos alheios, macula sua dignidade, fere sua alma e esvazia sua existência. É o extremo oposto da sua valorização como ser humano, de respeito ao seu valor intrínseco, que prejudica automaticamente os demais componentes e a dignidade da pessoa humana como um todo.

Não se trata de negar a possibilidade de uma pessoa ser instrumento e se doar em prol do próximo, o que é rejeitada é a utilização da pessoa somente como meio e violar seu valor intrínseco.

Outro direito fundamental inserido por Luís Roberto Barroso (2012, p. 166) no conteúdo moral do valor intrínseco é a igualdade. Ao tratar o homem como um fim em si mesmo, é possível extrair como consequência o princípio da igualdade entre os seres, a qual passou por transformações e evoluiu concepção formal em direção à substancialidade.

O princípio da igualdade, revestido do seu caráter formal, significou,

num primeiro momento, a exigência de que todos tivessem direitos iguais, de todos serem iguais perante a lei. No entanto, essa igualdade formal foi insuficiente para garantir o objetivo principal de vedar tratamentos discriminatórios, tutelado através da igualdade substancial, cuja medida prevê o tratamento desigual, em conformidade com a desigualdade do ser. Permite-se, pela concepção da igualdade substancial, o tratamento diferenciado, desde que a distinção tenha fundamento jurídico e não seja meramente por raça, cor, gênero, etc. (MORAES, 2006, p. 120-123).

Para Luís Roberto Barroso a igualdade, perante a lei e na lei, é um elemento do valor intrínseco da pessoa, pois decorre do pressuposto de que “todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração” e, como correlação lógica, “implica na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental (o direito à não discriminação) e no respeito pela diversidade cultural, linguística e religiosa (o direito ao reconhecimento). Para o autor, a dignidade humana ocupa parte do conteúdo da igualdade, e permite, em situações específicas, tratamento diferenciado das pessoas (BARROSO, 2012, p. 164).

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 125) considera que modernamente “ao princípio da igualdade deve ser integrado o princípio da diversidade, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura”, o “direito à diferença”.

O princípio da igualdade, de fato, é posto em xeque pela sua aplicação na sociedade cada vez mais pluralizada. Representa um grande desafio ético e jurídico no agrupamento e na definição do critério para se estabelecer a igualdade e a diferença em virtude do ponto principal sofrer alterações de tempos, locais, ideologias, concepções éticas, filosóficas e religiosas (MORAES, 2006, p. 125) e, inclusive em decorrência da finalidade para a qual destinar a separação.

Através do direito à diferença ou “direito de ser diferente”, defende-se a importância de considerar as particularidades de grupos e pessoas, com o objetivo de conservar sua identidade cultural, histórica, ambiental e social. Contudo, Pierre-André Taguieff (*apud* SCHREIBER, 2013, p. 255, grifo do autor) adverte que “o direito à diferença não deve ser compreendido como um direito coletivo, um ‘direito das comunidades’, mas sim como um ‘direito do sujeito à inserção comunitária’: cada sujeito tem direito à sua cultura; nenhuma cultura tem direito sobre o sujeito”.

O papel do direito ao regular as mais diversas situações Biojurídicas é atender as necessidades de todos seus membros, inclusive das culturas minoritárias. Esta dificuldade é especialmente notada quando se trata de autodeterminação, pois ao delinear o campo de liberdade jurídica do indivíduo, na busca de sua existencialidade, não se pode esquecer as suas diferenças.

É o caso, por exemplo, dos membros Testemunha de Jeová, que pela sua religião, não aceitam a realização de transfusão de sangue, nem mesmo para salvar-lhes a vida. Esta desigualdade deve ser atendida pela ordem jurídica, que implica reflexos tanto no seu campo de autonomia, como em políticas públicas destinadas a assegurar que esses pacientes recebam tratamentos alternativos para buscar a cura.

Sob outro viés, Jussara de Assis Borges Nasser Ferreira (1999, p. 58), ao enfrentar o princípio da igualdade inserido no contexto do biodireito, o analisa em confronto com o grau de emergência, necessidade e de utilidade nos casos concretos, cuja aplicação prática é, por exemplo, a ordem de atendimentos em pronto socorros conforme a gravidade da enfermidade apresentada.

Boaventura de Souza Santos busca uma fórmula universal e suficiente para estabelecer um critério de “seleção” e agrupamento. Parte da busca da igualdade com fundamento na afirmação de que uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos com concepções concorrentes de igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. (SOUZA, 2002, p. 12).

Enfim, a igualdade e, conseqüentemente, a desigualdade material, devem ser tuteladas e protegidas tendo em vista que integram a parcela existencial da pessoa, garantida pela dignidade da pessoa humana.

Como promotor e viabilizador do valor intrínseco da pessoa humana, a tutela do mínimo existencial deve ser deslocada para figurar também como componente deste conteúdo moral. Para o exercício da autonomia, próximo conteúdo a ser abordado, a exigência de condições mínimas para o exercício da liberdade individual é defendida e certamente acolhida com rigor neste trabalho. Lá, como será observado, adota-se o viés de condições físicas, materiais, intelectuais e informativa para uma manifestação de vontade clara, real, efetiva e verdadeira.

Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 100), atribuindo destaque para a defendida intangibilidade vida humana, bem retrata o conteúdo do valor intrínseco conferido pela tutela da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequencia hierárquica, aos seguintes preceitos: 1) respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3) respeito às condições mínima de liberdade e convivência social igualitária. (AZEVEDO, 2002, p. 100).

Como componente do conteúdo moral do valor intrínseco da pessoa humana, o mínimo existencial é revestido do viés que lhe deu origem, como a tutela de condições mínimas de sobrevivência digna, que justifica a exigência de medidas positivas em face do Estado.

Além da vida em si e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade humana exige também o respeito às condições mínimas de vida (2ª consequência direta do princípio – da dignidade da pessoa humana). Trata-se aqui das condições materiais de vida. A obtenção da casa própria e a sua proteção, por exemplo, são decorrências da dignidade humana. (AZEVEDO, 2002, p. 97).

Como o objetivo da pesquisa se funda na autodeterminação biojurídica, reserva-se a análise do mínimo existencial na profundidade necessária e inserido no contexto da autonomia no subtópico seguinte.

O valor intrínseco da pessoa, que lhe confere dignidade humana, se retrata, portanto, através de alguns direitos fundamentais, como a vida, a integridade física e psíquica e igualdade, contudo, sendo um critério moral e abrangente, outras figuras jurídicas que se amoldem ao seu conteúdo são a ele incorporados. Os direitos acima mencionados, não são, portanto, taxativos. A principal regra é: as pessoas têm valor em si mesmas, não podem ser utilizadas como meio para qualquer fim, não podem ser instrumentalizadas, devem ser respeitadas em sua igualdade e em sua diferença e zelada pela sua integridade física e psíquica, ou seja, deve ser mantida íntegra em seu corpo e em sua alma.

A resposta racional pela lógica da ordem jurídica interna, seria deixar o trem atingir as cinco pessoas, sejam elas boas ou perigosos terroristas. Da mesma forma, nas demais situações, até mesmo Kant não nega a possibilidade da pessoa

ser meio para outras, o que ele veda é ser apenas meio, ser reduzido a objeto, de forma que, fora dessas hipóteses, a doação de sangue e medula para os respectivos bancos e a doação de material biológico de um irmão para o outro não possuiriam impedimento, num primeiro instante e desde que haja consentimento e sem prejuízos de sua existencialidade, tornando-se relevante a análise da sua liberdade, próximo componente a ser analisado.

### 2.3.2 Autonomia

*Age de tal modo que o motivo que o levou a agir possa ser elevado à categoria de lei universal. Kant*

O segundo componente do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa é a autonomia e traçar seu próprio conteúdo é bastante complexo, especialmente numa sociedade pluralista. Contudo, é fundamental que se tenha delineada sua dimensão e seus contornos, como base de reflexão ao objeto proposto neste estudo, que é averiguar a autodeterminação biojurídica e seus limites.

Para iniciar a abordagem sobre autonomia, partirá da intrínseca ligação entre o exercício da liberdade e a garantia de tutela da dignidade humana que já foi reconhecida por tribunais de diversos países, e destacam que a liberdade na construção da própria pessoa em sua identidade é condição para uma existência digna.

A Corte Constitucional da Colômbia, na sentença C-239 de 1997 destacou que a liberdade é a máxima expressão da dignidade.

La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad. (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997, não paginado).

O Tribunal Alemão reconheceu a existência de um terceiro gênero, autônomo dos gêneros feminino e masculino, determinando ao legislador que, até o final de 2018, regulamente o tema, uma vez que pela lei de serviços registrares alemã,

é permitido omitir o gênero ou inserir o binômio feminino/masculino, porém, não havia previsão de registro de um terceiro, como o desejado por transexuais. Para os julgadores, essa omissão impedia o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, em ofensa às normas fundamentais daquele país (FRITZ, 2017).

O direito à liberdade representa uma conquista paulatina do homem, defendido atualmente por diversas ordens jurídicas. No Brasil, percorreu terreno árido na era do Estado Totalitário e campo aberto na era do Estado Liberal. Atualmente, é ponto de reflexão, especialmente quando se trata de autodeterminação<sup>36</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões, já reconheceu o direito de liberdade como condição de proteção à dignidade da pessoa humana ao acolher a possibilidade de aborto de feto anencefálico<sup>37</sup>, a pesquisa com célula tronco embrionárias<sup>38</sup> e culmina no debate a respeito do uso da maconha<sup>39</sup>.

Como se pode observar, o direito à liberdade se relaciona diretamente com a existencialidade humana. Para conferir efetividade na aplicação deste direito, também seu conteúdo deve ser preenchido, o qual será traçado a partir do conceito de liberdade, conforme entendimento de filósofos liberais que enfrentaram o desafio de refletir e traçar os seus contornos.

John Stuart Mill (2018, p. 6-18) reconhece a liberdade individual de forma ampla, limitada apenas quando a conduta praticada represente dano, efetivo ou potencial, a terceiros ou à sociedade. Afasta por completo qualquer limitação fundada em padrão moral e religioso da sociedade e entende que o ser sabe o que é melhor para si. Terceiros ou o Estado, mesmo com toda a reprovação moral ou social, não tem a capacidade de invadir a esfera íntima da pessoa.

Isaiah Berlin (2002, p. 228-237), em sua análise sobre a liberdade, formula dois questionamentos: “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou grupo

---

<sup>36</sup> Liberdade e autonomia, na ordem jurídica contemporânea, não são mais conceitos sinônimos, distinção que afeta a autodeterminação. Vide: MORAES, 2006, p. 135-138.

<sup>37</sup> Supremo Tribunal Federal, ADPF 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>38</sup> Supremo Tribunal Federal, 3510/DF. Rel. Min. Ayres Britto. EMENTA: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5a da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança). Pesquisas com células tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental A uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento Familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação.

<sup>39</sup> Supremo Tribunal Federal, RERG 635.659/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes.

de pessoas – é ou deve ter permissão de fazer ou ser o que é capaz de fazer ou ser, sem interferência de outras pessoas?” e “O que ou quem é a fonte de controle ou interferência capaz de terminar que alguém faça, ou seja, uma coisa em vez de outra?”, cujas respostas compõe os conceitos de liberdade negativa, como ausência de ingerência externa na decisão individual de como, onde e quando agir ou ser; e do conceito de liberdade positiva, no sentido de ser o seu senhor, se conduzir pelas suas próprias razões e verdades, pautado no seu conhecimento, respectivamente.

Melhor explicando, a liberdade negativa<sup>40</sup> consiste na ausência de impedimentos, pois “ser livre significa não sofrer a interferência de outrem e fazer tudo aquilo que as leis permitem” (RAMOS, 2006, p. 46). Geralmente<sup>41</sup> o aspecto negativo da liberdade, nos âmbitos das relações privadas, é identificado na abstenção do Estado em interferir na vida privada do indivíduo. Contudo, como destaca Daniel Sarmento, pode também envolver deveres positivos do Estado “para proteger a autonomia das pessoas, quando ela esteja sendo ameaçada ou limitada por outros particulares” (SAMENTO, 2016, p. 152).

No aspecto positivo, a liberdade<sup>42</sup> é verificada no agir do indivíduo por suas próprias razões, por seus próprios atos de vontade, por seus próprios fundamentos, em condições materiais de exercer sua vontade e de “ser movido pela razão, por objetivos conscientes, que são meus, e não por causas que me afetem como que de fora”. Um agente que toma decisões por si e não que se deixe decidir por outros, sem influências pela natureza externa ou por outros homens, como se “fosse uma coisa, um animal ou um escravo incapaz de desempenhar um papel humano, isto é, de conceber metas e políticas próprias e de realiza-las” (BERLIN,

---

<sup>40</sup> É considerado “livre na medida em que nenhum homem ou conjunto de indivíduos interfere com a minha atividade. A liberdade política neste sentido é simplesmente a área dentro da qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros. Se outros me impedem de fazer o que do contrário eu poderia fazer, não sou nessa medida livre; e, se essa área é restringida por outros homens além de certo valor mínimo, posso ser descrito como coagido ou, talvez, escravizado” (BERLIN, 2002, p. 229).

<sup>41</sup> O termo geralmente é mencionado, pois, como destaca o autor citado, “em geral, aqueles que adoram a concepção negativa da liberdade são liberais-conservadores, que tendem a ver o Estado como o inimigo por excelência dos direitos humanos. Por isso, tal concepção é, em regra, voltada à limitação do arbítrio estatal e frequentemente vem associada à defesa de um Estado mínimo (SARMENTO, 2016, p. 152).

<sup>42</sup>A liberdade positiva “provém do desejo que o indivíduo nutre de ser seu próprio senhor. Desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, e não de forças externas de qualquer tipo. Desejo ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não dos de outros homens. (...) Acima de tudo, desejo ser consciente de mim mesmo como alguém que age, tem vontade e pensa, responsável por minhas escolhas e capaz de explicá-las a partir de minhas ideias e meus propósitos” (BERLIN, 2002, p. 237).

2002, p. 237).

No entanto, o conceito da liberdade positiva não é unívoco, muito pelo contrário, é bastante divergente entre os filósofos que se propõem a sua reflexão. Ao contrário da visão global de liberdade positiva de Isaiah Berlin, há teorias que consideram o termo correspondente à tão somente parte do todo por ele definido.

Kant (apud SANDEL, 2015 p. 120-121), como já mencionado neste trabalho, entende a liberdade como poder de agir pela razão, sem interferências internas, desejos e emoção e/ou externas.

Robert Alexy<sup>43</sup> (2015, p. 503) defende a necessidade de observância da liberdade fática, cujo conteúdo se aproxima da liberdade positiva, que corresponde à capacidade de se autodeterminar, pressupondo a existência de condições materiais para exercer a liberdade, pois a permissão legal para a prática de determinado ato não terá utilidade caso não seja materialmente possível ao seu agente.

Daniel Sarmiento (2016, p. 153-157), embora compreenda a autonomia como conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, trata dos dois conceitos de liberdade e entende que a liberdade positiva, distinta da autonomia pública, é “a capacidade real do agente de autodeterminar sua conduta” que “não se esgota na ausência de constrangimentos externos à ação humana, pressupondo antes a presença das condições que possibilitam o efetivo exercício da autonomia individual”.

O autor entende que as condições para realização da liberdade não se limitam às materiais, financeiras, mas engloba também as culturais, e justifica a maior intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas, em defesa dos polos mais vulneráveis, com o objetivo de lhe garantir o exercício da liberdade diante dos mais fortes (SARMENTO, 2016, p. 156-157) e conclui que:

A autonomia perseguida pelo princípio da dignidade da pessoa humana não se resume à mera ausência de obstáculos externos à atuação estatal. Trata-se de uma liberdade positiva, que visa não só a impedir a imposição de barreiras às escolhas individuais, mas objetiva também empoderar as pessoas para que possam realmente exercer a plenitude da sua liberdade. (SARMENTO, 2016, p. 159).

---

<sup>43</sup> Robert Alexy menciona a distinção entre liberdade jurídica, “isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo” e liberdade fática, “isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas (ALEXY, 2015, p. 503).

Ainda que haja conflito na definição de liberdade positiva, grande parte dos pensadores defendem a necessidade de condições mínimas como forma de viabilizar o exercício da liberdade, a qual, por sua vez, é funcionalizadora da dignidade da pessoa humana. Essas condições mínimas podem não ser nominadas por todos como mínimo existencial, a exemplo de Robert Alexy (2015, p. 503) que a denomina de liberdade fática, porém, sua expressão possui similaridade. Neste trabalho será adotada a denominação de mínimo existencial.

Daniel Sarmiento (2016, p. 202) se debruça no mínimo existencial por compreendê-lo como componente autônomo da dignidade da pessoa humana, cujos fundamentos filosóficos é sua instrumentação como forma a assegurar a promoção de outro princípio ou objetivo, como é o caso da liberdade e da democracia; e independência, pois sua negação representa, por si só, uma grande injustiça. Após leitura de John Rawls, conclui que “o argumento da liberdade em favor do mínimo existencial é bastante persuasivo. Afinal, parece incontroverso que o acesso a condições materiais básicas é realmente indispensável para capacitar as pessoas ao exercício de suas liberdades”.

John Rawls objetiva estabelecer parâmetro para se atingir uma sociedade livre e justa e se funda em basicamente duas premissas: a primeira é a concepção do homem individualista e liberal, que está só em essência e é dotado de suas próprias concepções particulares sobre a sociedade, justiça e o bem, e dos objetivos que pretende perseguir. Visualiza uma nova concepção de contrato social, tecido sob o chamado “véu da ignorância”, no qual os indivíduos se dispõem de suas qualidades e valores e, de forma cega, sem saber as características que lhe seriam atribuídas, deveriam estabelecer o acordo inicial de forma racional e imparcial. A segunda premissa se funda na defendida justiça social pura, composta por um “processo correto e equitativo que, devidamente aplicado e respeitado, permite que o resultado, não importa qual for, seja igualmente correto e equitativo” (BARCELLOS, 2007, p. 110-112).

Neste contexto, Rawls (1992, p. 32-33) expõe expressamente o mínimo existencial como direito constitucionalmente garantido que antecede aos direitos e garantias individuais e é composto por um conjunto de necessidades básicas que visam conferir o exercício desses direitos e liberdades.

A autonomia existencial ou pessoal é reconhecida como espaço de

liberdade individual na qual as interferências externas devem ser mitigadas e impostas com extrema cautela, por se tratar de pontos privativos, particulares e sensíveis à construção da própria pessoa, e deve ser funcionalizada pela garantia de tutela a um conteúdo mínimo que confere igualdade e verdadeira liberdade. A garantia de condições mínima objetiva evitar interferências na manifestação de vontade fundadas na necessidade premente de algum bem jurídico essencial ao ser ou vício de informações. Dada a sua relevância, importa saber como esse mínimo existencial é preenchido.

Ricardo Lobo Torres (2001, p. 266) defende que o mínimo existencial integra o conceito de cidadania e corresponde a um direito a “condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exigem prestações estatais positivas”, conclui que não existe um conteúdo fechado que o preencha, mas abrange qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental, mas que seja considerado em sua dimensão essencial e inalienável.

Robert Alexy (2015, p. 85) fundamenta sua teoria dos direitos fundamentais na premissa que seu conteúdo normativo é composto por regras e princípios, conforme já foi objeto de análise no item 2.2 e especificamente ao mínimo existencial, o considera um direito fundamental não escrito, mas constitucionalmente garantido (ALEXY, 2015, p. 436), o qual é extraído da análise de ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana, os princípios da separação dos poderes (com relevância a competência de vinculação orçamentária) e da competência do legislador democrático e também o limite imposto por direitos de terceiros (BARCELLOS, 2007, p. 129).

Pela consideração absoluta do princípio da dignidade da pessoa humana, haveria vasta gama de direitos que deveriam e poderiam ser exigidos do Estado como condição de sua realização, através de demandas jurisdicionalizadas. Ao determinar o cumprimento de obrigações pelo estado, o Poder Judiciário iria interferir na separação de poder e, principalmente, no orçamento estatal, ferindo as regras de competência. Paralelamente, os custos seriam arcados de forma indireta por toda a sociedade, ferindo direitos de terceiros. Sob outra vertente, considerar o princípio da separação estatal e da competência do legislador democrático de forma absoluta, esvaziaria por completo a dignidade da pessoa humana, pois o Poder Judiciário estaria impedido de intervir em sua tutela. Instaura-se, portanto, um

confronto de medida, o qual é solucionado por Robert Alexy ao considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como preponderante e, dentre as medidas que o realizam, na que menor sacrifica os demais princípios é que se encontra o mínimo existencial (BARCELLOS, 2007, p. 129-131).

A fórmula de obtenção do conteúdo do mínimo existencial de Robert Alexy visa evitar o engessamento de um conteúdo que não se enquadre na sociedade e que não acompanhe suas modificações. A fórmula pensada, por ser analisada no caso concreto, se mostra flexível.

Como a História e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar extremamente baixo. Sob a Constituição alemã o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento na República Federal da Alemanha seja considerado como mínimo existencial (ALEXY, 2015, p. 429).

Da teoria de Robert Alexy interpretada por Ana Paula Barcellos, extrai-se que o mínimo existencial é o:

Conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana. E, portanto, a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios (menor interferência possível na competência do legislativo e executivo e menos custo possível para a sociedade) (BARCELLOS, 2007, p. 131).

A relevância do mínimo existencial como funcionalizador da autonomia privada do indivíduo é inquestionável. Em sede de Biodireito e questões relativas à disposição de direitos e interesses da personalidade, a necessidade de base sólida mínima é fundamental. Não se trata de base financeira, o que por ora é exigida dada a elevada soma pecuniária necessária para realização de procedimentos biomédicos, mas é fundamental base educacional, cultural. É necessária base informativa e verdadeiramente esclarecedora para que o indivíduo efetivamente pratique atos voluntários livres, compatíveis com seu desejo intrínseco. Sob este fundamento, para conferir efetividade e a autonomia existencial, é exigido, por exemplo, a lavratura de termo de consentimento livre, espontâneo e esclarecido, o qual documenta a base reflexiva no ato de disposição do próprio corpo.

Desta forma, o mínimo existencial, o qual ganhou relevância ao exigir

ações afirmativas do Estado importantes para que os cidadãos tenham garantido direitos sociais básicos a funcionalizar o exercício da autonomia amparada em condições mínimas de sobrevivência, deve ser aplicado nas relações privadas, especialmente quando revestido do direito à informação clara e precisa que envolva a decisão a ser tomada.

Em tempos de revolução biotecnológica, o tema liberdade é bastante sensível. Discute-se a liberdade científica, especialmente quando a pesquisa se utiliza de seres humanos e discute-se a liberdade individual de sujeitos que, munidos de novas possibilidades advindas das novas tecnologias, declaram suas vontades nas realizações de procedimentos para que possam alcançar o cerne da sua própria existencialidade.

Em tão delicado campo, a liberdade deve ser real, tutelada pelo Direito com cautela, assegurando a observância de todas as condições para que seja atingido seu ápice, a fim de garantir a promoção e o pleno desenvolvimento da pessoa humana, no entanto, é certo que o agir não é ilimitado, mas tem restrições impostas considerando a proteção da própria pessoa, de interesses de terceiros e de toda a coletividade, o que se dá através do valor comunitário, próximo elemento a ser analisado.

### 2.3.3 Valor Comunitário

*Nenhum homem é uma ilha isolada; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra; se um torrão é arrastado para o mar, a Eurora fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse a casa dos teus amigos ou a tua própria; a morte de qualquer homem diminui-me, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntes por quem os sinos dobram; eles dobram por ti (John Donne, 1624)*

A dignidade da pessoa humana, como visto até agora, representa conquista individual em relação ao campo de liberdade e de tutela de seu valor intrínseco. No entanto, a própria dignidade humana apresenta o viés limitador e restritivo, pois o indivíduo é um ser social que vive e convive em meio a seus semelhantes. Conferir liberdade e autonomia irrestrita e ilimitada certamente esvaziaria o conteúdo ante a impossibilidade de não se respeitar as fronteiras da

esfera individual.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 173-174), idealizador da teoria adotada neste estudo, reconhece no valor comunitário o elemento social da dignidade da pessoa humana e apresenta o conceito de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia. Por ser expressão ambígua, por convenção, identifica no valor comunitário duas forças exógenas que agem sobre os indivíduos: a) os compromissos, valores e crenças compartilhadas de um grupo social; e b) as normas impostas pelo Estado. “A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”.

Desta forma, a autonomia privada fundada na dignidade da pessoa humana, é restringida pelos valores, costumes, direitos de terceiros e por normas estatais. Não se pode conceber o agir irrestrito. A vontade interna, ainda que os efeitos diretos sejam na pessoa do manifestante, tem reflexos compartilhados no meio social no qual está inserido.

Em diferentes abordagens, outros doutrinadores que se dedicam a extrair o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana também enxergam o viés comunitário e limitador. A título exemplificativo, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, 369) reconhece a dimensão comunicativa e relacional; Maria Celina Bodin de Moraes identifica a solidariedade como um dos elementos do conteúdo da dignidade da pessoa humana; e Daniel Sarmiento (2016, p. 241-298) traz o termo reconhecimento com destaque na sinergia com os direitos à solidariedade e à igualdade, como essencial para as pessoas, cuja formação é nutrida em parte pela cultura social<sup>44</sup> no qual o sujeito está envolvido.

Ricardo Lobo Torres (2001, p. 251), ao escrever sobre cidadania, a define como “o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres”. É evidente que o indivíduo, inserido numa sociedade, tem seus direitos e garantias individuais acompanhados por um leque de deveres e que, geralmente, restringem os primeiros.

---

<sup>44</sup> O filósofo canadense Charles Taylor tece importante ensaio sobre as políticas de reconhecimento, que, filiado à linha do comunitarismo, buscou enlaçar o reconhecimento com a defesa do multiculturalismo, ideia também difundida por Habermas, centrando o principal ponto de divergência entre os dois filósofos no papel do Estado em relação à promoção, defesa e garantia das diversidades (SARMENTO, 2016, p. 244-247).

Como se pode observar, a dignidade da pessoa humana tutela o indivíduo por completo, tanto na sua esfera privada e mais íntima, como no seu meio social. Através do valor fundamental que remodelou a ordem jurídica, preconiza a liberdade e autonomia, mas impõe valores externos que devem ser respeitados em prol de uma harmonia social e vida saudável e boa em meio a uma comunidade.

A importância da elevação jurídica desses valores externos é evidenciada, pois, com a acelerada evolução, o processo de positivação das normas já não é mais suficiente para garantir tutela jurídica e resta ao Poder Judiciário estabelecer regramentos em casos práticos de difícil solução, o que tornou proeminente a extração de novos direitos, assim como a interpretação e aplicação dos já existentes e positivados, com base em princípios e valores externos, como a moral. Há uma aproximação do Direito com a Moral, reconhecida por defensores da norma positivada, que defendem o novo positivismo.

Não se pretende aqui adentrar a fundo nas teorias do novo positivismo, mas percorrer sua trilha com o exclusivo objetivo de demonstrar a abertura do pensamento jurídico para os valores externos, como a moral. O professor inglês Herbert Hart (2007, p. 170) afirma que “entre o direito e a moral há uma conexão que é, em certo sentido, necessária, e que é ela que merece ser tomada como ponto central em qualquer tentativa de análise ou de elucidação da noção de direito”.

Ronald Dworkin (2007, p. 173) organizou sistematicamente o estudo dos princípios e conferiu à moral grade relevância. Para o filósofo as normas de conduta são fundadas em princípios, os quais, por sua vez, derivam da Moral. Esta, portanto, interage com o Direito ainda que não tenha sido positivada.<sup>45</sup>

Na sociedade atual, diante de tantos recursos científicos, está sendo modificada a maneira de agir e pensar do homem. Fincados na liberdade de se autodeterminar, de se construir como pessoa, de atingir seu próprio conceito de vida boa, o homem se cega ou assume riscos conhecidos e desconhecidos para atingir objetivos desejados. Neste contexto, uma dose de proteção tem sido cada vez mais

---

<sup>45</sup> Existe posição contrária à necessidade de positivação do Direito para acolhimento da Moral. Gregório Peces-Barba defende a importância da moral, mas condiciona sua garantia pelo Direito à necessidade de positivação. Para aprofundamento da leitura, sugere-se a obra *Ética, Poder Y Derecho. Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates Nº 54, Madrid, 1995. Este posicionamento não foi adotado no presente trabalho em virtude de, na ausência de existência de norma jurídica para tutela de grande parte dos casos envolvendo o Biodireito, a teoria que melhor se adequa e confere resposta é a defendida por Ronald Dworkin.

necessária, e tem sido construída através de aplicação do Direito em casos concretos. Para construção de novos direitos para a tutela de situações jurídicas não amparadas pelo direito positivo, tornou-se necessário o acolhimento dos valores externos na solução dos conflitos apresentados, comumente conhecidos como casos difíceis ou *hardcases* e a aproximação do Direito com a Moral viabiliza a sua solução.

Ao regular um caso concreto ou ao aplicar o direito posto em situações advindas das novas tecnologias, especialmente quando ligadas à vida humana, a identificação da necessidade de tutela jurídica limitadora é facilmente constatada, porém, traçar parâmetros para imposição externa na esfera privada do indivíduo resvala na dificuldade imposta pelo risco de paternalismo e moralismos exacerbados e risco de violação interesses e direitos existenciais de minorias numa sociedade pluralizada.

A solução para o problema é perseguida por muitos doutrinadores, que se dedicam à análise sociológica e filosófica. Contudo, por não ser este o objeto central do estudo, o qual busca identificar uma fórmula jurídica para estabelecer os contornos da autodeterminação, permeará brevemente somente na reflexão jurídica sobre o tema.

De fato, o primeiro princípio a ser observado num contexto social é a solidariedade, o qual já foi abordado nos princípios do Biodireito, especialmente no seu viés intergeracional (item 1.3), mas que merece ainda algumas considerações.

A solidariedade pode ser identificada sob dois vieses. A solidariedade fática, que decorre justamente da necessidade humana em conviver em sociedade; e a solidariedade enquanto valor, que emerge da consciência racional dos interesses em comum e da obrigação moral de não fazer para os outros o que não quer que seja feito consigo (MORAES, 2006, p. 140).

O termo solidariedade abrange diversos significados, pois parte do pressuposto de que o ser inserido numa comunidade tem deveres para com seus pares de cordialidade, respeito, proteção, integração e cooperação, atualmente tutelado positivamente através do princípio da boa-fé objetiva, densificadora da dignidade da pessoa humana (LÊDO, 2017, p. 59).

Note-se, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva, como também da função social do contrato, retrata a tutela da inserção do indivíduo numa comunidade e especificamente em relação à boa-fé objetiva, há consolidação de

“valores e deveres para a sua plena caracterização, os chamados deveres de conduta ou anexos, que são os deveres de lealdade, cooperação e transparência” (PIVATO; ESPOLADOR, 2016, p. 285).

Desta forma, as relações sociais, iluminadas pelo princípio constitucional da solidariedade, “devem ser realizadas de modo cooperativo, agindo com especial cuidado com aquele com quem contrata, bem como evitar que recaiam sobre terceiros possíveis danos sobrevindos do negócio.” (LÊDO; MARQUESI, 2017, p. 259).

Os preceitos da solidariedade são tão antigos que deveriam, naturalmente, emergir dos atos humanos. Este componente consiste no tratar o outro de forma como deseja ser tratado, nada mais é que a lei da sementeira.

O reconhecimento do próximo no plano da intersubjetividade decorre do fato de que todos são iguais em dignidade e, portanto, todos merecem o mesmo respeito. Desta forma, do valor intrínseco de cada um, decorrem direitos e também deveres no trato com o próximo (SARLET, 2007, p. 371).

No entanto, nem sempre o exercício dessas regras se dão de forma harmônica e espontânea, e, na sociedade contemporânea, a solidariedade social se tornou “um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de completa força normativa, capaz de tutelar o respeito devido a cada um” e se identifica “com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizado” (MORAES, 2006, p. 142).

O ponto mais sensível na análise da solidariedade é a sua implicância com a extensão da liberdade individual e sua interferência limitadora, ponto no qual retoma a teoria de Luís Roberto Barroso, que identifica esta limitação, visando a coexistência mútua, em que há interesses divergentes e direitos potencialmente conflitantes, e consigna que justamente a existência desses pontos de conflitos autoriza as restrições individuais sem violar a máxima liberal de neutralidade estatal, desde que se funde numa ideia legítima de justiça, de um consenso sobreposto, compartilhado pela maioria. Chama-se o Estado, e também a comunidade, para estabelecer “metas coletivas e restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”, que se legitimam em três objetivos: “1) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; 2) a proteção dos direitos e da

dignidade do próprio indivíduo; e 3) a proteção dos valores sociais compartilhados.” (BARROSO, 2012, p. 174-175).

Conforme desenhado pelo autor, o viés limitador da dignidade da pessoa humana busca proteger o indivíduo de si próprio, terceiros e os valores sociais. Porém, como o aumento do conhecimento científico não elimina riscos, muito pelo contrário, os potencializa, já que o novo geralmente vem acompanhado de novas incertezas, os resultados dos atos atuais serão conferidos pelas futuras gerações. Desta forma, o valor comunitário da dignidade da pessoa humana transcende a proteção de terceiros, da própria pessoa ou dos valores comunitários atuais, mas deve visar também a tutela das futuras gerações, a fim de lhe conferir meio ambiente adequado para uma vida boa e saudável.

Os três objetivos legitimadores citados por Luís Roberto Barroso, contudo, apresentam vulnerabilidade por ele reconhecidas, e colocam em risco elementos sensíveis. Em relação ao primeiro, para proteção de direitos e da dignidade de terceiros, é comum a utilização das regras de punição, através de sanções cíveis e criminais, que, embora não contestada, implica risco de abuso e desproporcionalidade. Quanto ao segundo e terceiro objetivos, o risco empreendido é de paternalismo e moralismo exagerado, que ultrapassem o limite aceitável. Diante desses riscos, busca legitimação na fundamentação em três elementos: a) existência ou não de um direito fundamental sendo atingido; b) dano potencial para outros ou a própria pessoa; e c) o grau de consenso social sobre a matéria (BARROSO, 2012, p. 176-179).

Considerando que a hipótese a ser confirmada é a dignidade da pessoa humana como limitadora da autodeterminação, cujo conteúdo mínimo adotado como filtro de solução dos casos difíceis provém da teoria formulada por Luís Roberto Barroso, é importante tecer algumas pontuações específicas.

O primeiro elemento é verificando no confronto entre direito fundamental e liberdade individual, cujo parâmetro de ingerência estatal através de norma é a disponibilidade, ou não, do primeiro e a distinção entre o direito geral de liberdade, compreendido como “a liberdade de ação geral que pode, contudo, ser limitada por qualquer norma legal que seja compatível com a Constituição”, com base num interesse legítimo do Estado ou meta coletiva; e a liberdade básica, que são os direitos substantivos verdadeiramente fundamentais, deve ter sua análise mais

aprofundada e, geralmente, deve prevalecer (BARROSO, 2012, p. 180).

O segundo ponto, risco de danos para si ou terceiros, deve ser analisado separadamente. O risco de danos a terceiros tem sido acolhido, de forma pacífica, como fundamento legítimo de limitação da autonomia individual, inclusive elevado, por alguns, à única justificativa da intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo<sup>46</sup>. Segue a regra básica de que a liberdade de um acaba quando começa a de outro e a dignidade acaba quando viola a do outro.

O mesmo consenso não aproveita o fundamento de evitar danos a si, pois cabe ao Estado justificar sua intervenção e a limitação da liberdade individual de forma legitimada e não incorrer no já superado paternalismo e moralismo exacerbados.

Neste ponto, é preciso permear, sem pretensão exauriente, pela análise do paternalismo jurídico, que justificaria a constrição do direito geral ou específico de liberdade, para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios autoinfligidos ou consentidos, sem contar com os respectivos endossos, mas pressupondo a autorização estatal do emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos. (MARTEL, 2010, p. 129).

Visando avaliar sua admissibilidade no Estado Democrático de Direito, a doutrina segmentou os tipos de paternalismo, sendo os principais: a) paternalismo fraco, aplicado quando há sólidas razões para se acreditar na ausência de capacidade plena para tomada de decisão (ex. criança, deficientes mentais, etc.); e forte, aplicado aos indivíduos ou grupos considerados hábeis para tomada de decisão); b) paternalismo puro, quando o grupo ou indivíduo que tem a liberdade limitada é o titular do bem jurídico protegido; e impuro, quando não há essa identidade (MARTEL, 2010, p. 129).

O paternalismo fraco comporta situações em que a ação visa a ameaça de que uma conduta involuntária não seja benéfica ao seu titular, por exemplo, proibir que pessoa alcoolizada dirija; ou que o sujeito pratique determinada ação desconhecendo a prejudicialidade, como a ingestão de produto que lhe seja

---

<sup>46</sup> Este princípio é que a humanidade tem permissão, coletiva ou individualmente, de intervir com a liberdade de ação de qualquer um dos seus membros com a finalidade única de autoproteção. Que o único propósito para o qual possa ser legalmente exercido sobre qualquer membro da sociedade civilizada, contra a sua vontade, seja para evitar danos a outros (MILL, STUART. **Ensaio sobre a**

tóxico, mas que assim não o sabia; e hipóteses em que se julga necessário agir na dúvida sobre a voluntariedade ou não da situação, por exemplo, ao retirar uma pessoa da frente de um carro em movimento, por não saber se realmente ela queria ceifar sua vida (MORAES; CASTRO, 2014, p. 798).

O paternalismo fraco tem sido acolhido com maior tranquilidade, como é o caso da resistência imposta pelos pais à transfusão de sangue de filhos menores, imbuídos de convicção religiosa, que tem sua vontade suprida pela ordem judicial de realização do procedimento médico<sup>47</sup>.

O consenso, contudo, não aproveita o paternalismo forte, o qual tem sido afastado em grande parte das situações, por exemplo, continuando na linha do exemplo acima, em se tratando de pessoas maiores, capazes, a invocação religiosa é acolhida para não realização do procedimento, acolhendo a liberdade de decidir e afastando a interferência estatal.

O paternalismo forte está geralmente associado à fraqueza de vontade, em que o sujeito conhece o mal que pode advir de sua conduta, porém, a aceita. Opta por, racionalmente, o que faz mal ao corpo, mas provavelmente bem à alma (MORAES; CASTRO, 2014, p. 799).

Após apontar os prós e os contras do acolhimento do paternalismo jurídico, Letícia de Campos Velho Martel explana sobre o paternalismo jurídico justificado, defendido por aqueles que negam o paternalismo, mas não de forma absoluta, pois o acolhe quando justificado, elegendo o “padrão da voluntariedade” de Joel Feimberg como baliza para identificação dos casos a serem tutelados (MARTEL, 2010, p. 138).

Esse padrão de voluntariedade apto a afastar o paternalismo jurídico reforça a necessidade da vontade se manifestar de forma livre e se fundar em informação clara, precisa, atual, a qual já vem sendo praticada na rotina biomédica, ao menos formalmente, através da obrigatoriedade do termo de consentimento livre e esclarecido, conferida pela Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina.

---

47 Exemplo de paternalismo reiteradamente reconhecido pelos tribunais brasileiros é o suprimento judicial da vontade dos pais, testemunhos de jeová, e, contra sua vontade, autoriza a realização de transfusão de sangue em menores, conforme notícia veiculada pelo jornal eletrônico g1 notícias de 25 de abril de 2018, cujos dados do processo se mantiveram em sigilo por envolver interesse de menor (justiça autoriza transfusão de sangue em recém-nascido de família testemunha de jeová. G1 rio preto e Araçatuba. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/justica-autoriza-transfusao-de-sangue-a-crianca-de-familia-testemunha-de-jeova.ghtml>>. Acesso em: 27 abr. 2018).

Ricardo Luís Lorenzetti (1998, p. 132) reconhece no desequilíbrio cognitivo uma lacuna informativa e, por sua vez, gera um desequilíbrio da prestação, geralmente verificada na atividade médica. O termo de consentimento livre e esclarecido, portanto, representa avanço no espaço de liberdade do paciente, o qual ganha a chance de realmente deliberar sobre os procedimentos que lhe serão aplicados.

O que se pretende não é usurpar o campo de liberdade do indivíduo, mas lhe dar condições de realmente exercer sua vontade, realização seu projeto existencial, compatibilizando com a exigência de um mínimo existencial como funcionalizador da autonomia privada.

Segundo Joel Feimber (*apud* MARTEL, 2010, p. 139), alguns comportamentos são presumidamente autolesivos e, quanto maior a presunção a ser derrubada, mais elaborados e detalhados devem ser os esclarecimentos, cujo objetivo não é valorar a sabedoria ou a escolha da pessoa, mas garantir se a escolha é efetivamente sua, dentro de todas as circunstâncias e consequências que possam advir do ato.

Neste ponto, o Estado está autorizado a intervir somente quando a conduta lesiva seja substancialmente involuntária ou quando a intervenção temporária for necessária para que se possa conferir a efetiva voluntariedade ou não (FEINBERG *apud* MARTEL, 2010, p. 140).

Para que a autodeterminação seja garantida em caso de violação à integridade física ou psíquica do indivíduo, é necessário que a vontade seja substancialmente voluntária. Embora a afirmação pareça redundante, não o é. A manifestação da vontade somente será protegida quando retratar a real intenção do agente, intenção esta extraída do seu integral conhecimento das condições e consequências dos seus atos. Ausente o conteúdo pleno da informação, o Estado está justificado a intervir.

A terceira vertente da limitação da autodeterminação parte do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e da promoção da realização de sua existencialidade, de forma que a autonomia as funcionaliza, porém, encontra a barreira neste mesmo fundamento.

A violação da integridade física e psíquica deve ser justificada por realização existencial. Estaria, aqui, diante de uma vertente do paternalismo

justificado, a fim de permitir a ação Estatal, na proteção do indivíduo contra seus próprios atos.

Pietro Perlingieri (2002, p. 298) entende que, relativos aos atos de disposição do próprio corpo, não se pode acolher cegamente nem o dever de tutela da própria vida no interesse exclusivo da coletividade e nem o seu paradoxo do direito ilimitado e ilimitável do corpo e da psique, como se houvesse um direito de propriedade do direito subjetivo.

Para o autor, o “simples consentimento de quem tem o direito não é suficiente para tornar lícito o que para o ordenamento é objetivamente ilícito, nem pode – sem um retorno ao dogma da vontade como valor – representar um ato de autonomia *per se* merecedor de tutela” (PERLINGIERI, 2002, p. 299).

E prossegue distinguindo que:

Autonomia não é arbítrio: o ato de autonomia em um ordenamento social não se pode eximir de realizar um valor positivo. A licitude da retirada de órgãos de seres vivos, para escopo de transplante ou experiência, deve ser considerada de forma mais ou menos ampla, segundo se reconheça no ordenamento uma maior ou menor presença das concepções utilitaristas, individuais ou coletivas da vida. (PERLINGIERI, 2002, p. 299).

Esta premissa seria adotada para justificar o acolhimento de ortotanásia e o socorro prestado oficialmente pelo poder público quando diante de um caso de suicídio, no qual se busca, de todas as formas, evitá-lo. É necessário desvincular, como será abordado neste trabalho, o conteúdo das situações jurídicas existenciais das patrimoniais, de forma a não tratar o ser como coisa.

“No centro do ordenamento jurídico está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito a si mesma” (PERLINGIERI, 2002, p. 299).

O paternalismo, portanto, até certo grau, tem sido reconhecido, porém, o paternalismo exagerado invade o campo de liberdade individual, e, se não bem delineado, pode ferir a existencialidade do ser e violar o valor fundamental da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2012, p. 176).

O mesmo risco é gerado pelo intenso moralismo, que, tal qual o paternalismo, é reconhecido até mesmo por uma sociedade democrática de direito como de emprego do poder coercitivo, como é o caso da proibição de drogas pesadas

e grau justo de proteção ambiental, porém, com o cuidado no sentido de evitar majoritarismo moral, marca da tirania da maioria (BARROSO, 2012, p. 176).

Ingressa-se no terceiro elemento que é o mais questionando. Imaginar que a moral pública possa justificar a intervenção na esfera privada do indivíduo parece ofender sua dignidade. No entanto, ao refletir sobre casos práticos, resta admitir, também de forma cautelosa e moderada, a atuação estatal, ainda que persista desacordos morais, inevitáveis na pluralidade da sociedade moderna<sup>48</sup>.

A dificuldade apresentada é em estabelecer qual a moral a ser defendida, pois, como destaca Luís Roberto Barroso (2012, p. 181), nem mesmo os adeptos do realismo moral reconhecem que sua crença deva ser aplicada para todas as verdades morais. Não existe uma verdade moral objetiva, “o papel do Estado ao interpretar os valores comunitários é acolher aqueles que são mais genuinamente compartilhados pelas pessoas e evitar, sempre que possível, escolher lados em disputas moralmente divisivas”, pois questões verdadeiramente morais não devem ser decididas com base no critério da maioria. Desta forma, deve-se buscar, nas palavras do autor, um “consenso social forte” a fim de conferir a interferência externa na liberdade individual.

O conteúdo de “consenso social forte” é bastante delicado e reúne debates sociológicos, filosóficos e jurídicos que verticalizam estudos no seu preenchimento. A abordagem do tema demandaria trabalho próprio, motivo pelo qual será reservado para novas oportunidades de pesquisa, no entanto, como o presente estudo visa analisar os limites da autodeterminação biojurídica, quando inserida num conflito envolvendo direitos fundamentais e a eles conduzidos a pesquisa, elege-se a regra da proporcionalidade, objeto de análise no item 4.1.2, cuja aplicação será estendida aos conflitos entre liberdades individuais e valores comunitários, no sentido de que, via de regra, aquele deva prevalecer, porém, passível de mitigação havendo desproporcionalidade ao se reconhecer a presença de consenso social forte que justifique a interferência.

---

<sup>48</sup> Exemplo de caso prático é em relação à pornografia infantil, após grandes discussões envolvendo uma exposição em que um homem nu foi tocado por uma criança, o Museu de Arte de São Paulo passou a impor restrições de idades em suas exposições, reacendendo o debate de outrora<sup>48</sup>, limitação esta, diga-se, é imposta pelo Estado na programação televisiva, através do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação, da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça Departamento de Justiça (<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/guia-pratico/guia-pratico.pdf>).

O “consenso social forte” que justifica a intervenção externa na esfera individual pode ser extraído do que se contrapõe ao razoável e deve ser auferido no caso concreto. Por razoável compreende “o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento e lugar” (BARROSO, 2011, p. 259).

A vida em sociedade requer limites, condutas compatíveis com o espaço alheio, e, também, que não violem valores fundamentais do desenvolvimento humano, em que pese sua abstração e generalidade. Atualmente o direito é levado a averiguar o caso concreto, ao mesmo tempo que torna insegura a sua forma de aplicação, dependente da subjetividade do aplicador, tenta suprir a necessidade de balizamento de conduta numa sociedade extremamente diversificada.

As interferências externas exercidas na vontade individual decorrem pelo simples fato de o indivíduo estar inserido numa comunidade. É da natureza humana a necessidade de conviver com seus pares e essa convivência deve ser saudável e honesta com todos os seus integrantes, ainda que cada um tenha que se dispor de parte de si mesmo em respeito a terceiros, a toda sociedade e até mesmo das gerações futuras. O balizamento dessa interferência externa na esfera privada não pode ser negado, muito pelo contrário, é respeitando a esfera alheia que se cria um círculo e chega a si mesmo o respeito conferido pelo próximo. Essa é a regra natural de se conviver em grupo. A sutíliza reside em medir o grau de interferência, de limitação da liberdade individual, cuja solução é buscada no presente estudo através da elaboração de uma fórmula geral apta a conduzir o aplicador do Direito na solução dos difíceis conflitos envolvendo direitos fundamentais.

### 3 NEGÓCIO JURÍDICO – DO TER AO SER

Pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o homem é colocado como centro da ordem jurídica e a ele são voltados os olhares e a finalidade de tutela dos interesses, com forte reflexo no âmbito de sua liberdade.

O direito privado sofreu reflexos da mudança de paradigma da ordem jurídica. Através da Constituição Federal de 1988, e transpôs o foco normativo do sujeito de direito abstrato e com viés patrimonialista para a pessoa concreta, enquanto sua existencialidade.

Houve a superação do sujeito do *ter* para tutelar o sujeito enquanto *ser*.

Essa diferença é facilmente estabelecida da leitura da crônica “O casaco de Marx”. O ano de 1852 foi marcado pela dificuldade para Marx, o qual precisava escrever jornalismo para sustento de seu lar, composto por 4 crianças e 3 adultos, porém foi acometido por doença que o prostrou durante um período. O fato é, a renda familiar era composta por ajudas financeiras de Hegel, doações de conhecidos e penhor, inclusive de seu casaco de inverno, o qual fazia constantemente o trajeto casa-loja de penhor. Nesta época, Marx estava escrevendo sua obra “O Capital”, contudo, para sua pesquisa precisava do casaco, pois sem ele não poderia ir e entrar no Museu Britânico, tanto pelo frio quanto pela falta de vestimenta adequada. Restava-lhe escrever jornalismo, arrecadar pouco dinheiro e, quando em pose do casaco, pesquisar, até a próxima necessidade de penhor. O casaco é um objeto de consumo, uma mercadoria que, no mundo capitalista, representa um valor pecuniário e só. Porém, para Marx “não havia ‘meras’ coisas. As coisas eram os materiais — as roupas, as roupas de cama, a mobília — com os quais se construía uma vida; elas eram o suplemento cujo desfazer significava a aniquilação do eu.” (STALLYBRASS, 2008, p. 46-85).

Esta passagem bem retrata o viés do ter e do ser que o direito privado moderno que, nas palavras de Paulo Nalin, especificamente em relação aos contratos, principal símbolo dos negócios jurídicos, reconhece que:

O homem, ao menos enquanto perdurar o comando expresso do artigo 1º, inc. III, associado ao artigo 170, caput, todos da Carta, se posiciona no centro das atenções. A leitura do contrato, assim vista, não ignora

sua função econômica, mas antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá de se indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes. A interpretação constitucional do contrato transita do ser para o ter. (NALIN, 2006, p. 246).

Nos estudos que se seguem, será abordada a evolução dos negócios jurídicos, com foco na autonomia individual, partindo da autonomia da vontade, permeando a autonomia privada e, por fim, definindo o campo de liberdade existencial, a autodeterminação. Na construção da ponte entre a autonomia da vontade e a autodeterminação e entre os negócios jurídicos patrimoniais e os negócios jurídicos existenciais, serão abordados principais pontos a respeito da constitucionalização do direito privado que compõe a hipótese desse estudo e que irão interferir na sua confirmação, como é o caso do rompimento da dicotomia do direito público e privado e a repersonalização do direito.

O objetivo do estudo pelo caminho traçado é, finalmente, delinear o campo de liberdade individual e da autodeterminação, fundada na dignidade da pessoa humana.

### 3.1 CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO

Na realidade prática é comum verificar incontáveis e indescritíveis negociações realizadas por sujeitos no intento de regular comportamento e estabelecer consequências, compromissos, obrigações, ônus, direitos e deveres. O Direito já não suporta, através das normas positivas vigentes, a regulamentação dessas mais variadas formas de manifestação de vontade.

Os negócios jurídicos surgiram, portanto, na vida de relações como meio dos particulares disporem seus interesses, de forma obrigatória, a fim de satisfazer situações econômicas-sociais, sem a interferência de qualquer ordem jurídica. Tendo em vista a relevância dessas disposições já assumidas pela consciência social, o Direito as eleva à negócio jurídico, conferindo solidez ao vínculo formado e acrescentando-lhe sanção em caso de descumprimento (BETTI, 2008, p. 74-75).

A regulação de conduta através de negócios jurídicos permitiu, desde o seu surgimento, a dinamicidade, acompanhando as demandas sociais, seguindo de

forma paralela aos direitos subjetivos, os quais possuem como característica o fato de ser estático, pois dependem de direito objetivo e demandam maior complexidade e tempo para modificação (BETTI, 2008, p. 80).

É neste contexto que ganhou destaque, desde o século XVIII, a figura dos negócios jurídicos, que, após releituras impostas pelo evoluir da sociedade, cinge a doutrina em basicamente dois segmentos que defendem a teorias opostas por objetivistas e subjetivistas, fundadas, respectivamente, na gênese e na função, fixando o olhar a respeito do papel da vontade na formação das relações intersubjetivas.

Antes de adentrar nos fundamentos de cada uma das principais teorias definidoras de negócios jurídicos, é importante situar sua categoria na estrutura normativa, para a qual se adotada a teoria de Francisco Amaral (2014, p. 406 e ss.).

Parte-se da figura do fato jurídico, assim compreendido como os acontecimentos que irradiam efeitos jurídicos, que se subdivide em fatos naturais e fatos humanos ou voluntários. Dos fatos humanos ou voluntários, segue a construção em sua subdivisão em fatos ilícitos e lícitos. Estes, por sua vez, subdividem-se em atos jurídicos, compreendidos como aqueles decorrentes da vontade humana, cujos efeitos provém da lei, e, em negócios jurídicos, cuja definição será construída a partir na análise das teorias já mencionadas, mas que, em linhas gerais e já adiantando parte do posicionamento que conduz o pensamento a ser adotado neste estudo, como exercício da autonomia privada em que as partes envolvidas regulamentam e definem os efeitos que dele emergirão e são reconhecidos pelo Direito (AMARAL, 2014, p. 406-407)<sup>49</sup>.

A definição do negócio jurídico é tema que movimenta os pensadores do Direito, cujo debate perpassa pela relevância do papel da vontade, chega na construção com base na sua origem, efeitos e estrutura, e busca superação da crítica quando à sua falência atual como categoria abstrata.

Em relação à relevância do papel da vontade, a doutrina cinge-se em, basicamente, duas grandes categorias, denominadas Teoria Subjetiva e Teoria

---

<sup>49</sup> Alguns autores, conforme citado por Francisco Amaral (2014, p. 407), menciona os atos-fatos jurídicos, porém, por não integrar a base teórica necessária à construção das conclusões delimitadas neste estudo, não será objeto de exploração.

Objetiva, das quais, ao se buscar um ponto de equilíbrio em meio a dois extremos, se aproximam duas outras, Teoria da Responsabilidade e Teoria da Confiança.

A teoria subjetiva assenta que o negócio jurídico é um ato de vontade destinado a produzir efeitos, é ato de autonomia da vontade, ligada à gênese enquanto liberdade para praticar determinadas condutas (AZEVEDO, 2014, p. 2). A declaração é relegada à simples manifestação da vontade, com a qual deve corresponder exatamente ao seu conteúdo e prevalecerá em caso de divergência com o declarado. Volta-se o olhar para o declarante e se buscam os motivos, as razões psicológicas para a prática dos negócios jurídicos (AMARAL, 2014, p. 420).

Esta teoria é a mais antiga e mais comum, especialmente em doutrina voltada à formação jurídica nas faculdades de Direito de todo país, as quais, com raras exceções, sequer se voltam para a teoria objetiva ou da declaração e ainda tem, na sua construção, resquícios da estrutura do ato jurídico do Código Civil de 1916 (AZEVEDO, 2014, p. 5).

Há forte crítica a respeito da adoção desta teoria, especialmente quanto à perspectiva psicológica, pois, conforme levantado por Antônio Junqueira de Azevedo, a vontade não é elemento de existência dos negócios jurídicos e sua relevância se dá nos planos da validade e eficácia, de forma que a mesma não pode ser elemento de definição e caracterizador do instituto (AZEVEDO, 2014, p. 9).

A teoria objetiva ou da declaração, por sua vez, compreende o negócio jurídico como declaração de vontade, visando seus efeitos de extinguir, modificar ou criar relações e situações jurídicas. O olhar se volta para o destinatário, os motivos do negócio se tornam irrelevantes e o que se interpreta é a percepção obtida da declaração (AMARAL, 2014, p. 420).

Em relação a ela, Antônio Junqueira de Azevedo (2014, p. 7-8) aponta dois defeitos, por ele considerados lógicos, quanto às suas definições, qualificadas como imperfeitas, na medida em que não abrange corretamente as hipóteses de negócios jurídicos, pois ora abrange mais que o definido e ora menos. Para aclarar a primeira situação, se utiliza do exemplo dos atos lícitos praticados por quem deseja os conhecidos efeitos legais dele decorrentes, ou seja, é ato de autonomia da vontade, praticado visando efeitos, porém, por serem os efeitos legais não corresponde a negócio jurídico; e, no caso da segunda, cita a conversão dos negócios jurídicos, pois, neste caso, há negócio jurídico, porém, os efeitos não são propriamente aqueles

desejados pelos sujeitos.

Francisco do Amaral (2014, p. 421) aponta os extremos e crítica de cada teoria, cujo equilíbrio pode ser extraído das duas teorias intermediárias. A Teoria da Responsabilidade, mais próxima à Teoria da Vontade, determina que em caso de divergência entre a vontade e a declaração, o declarante deve responder por eventuais danos, caso agir com culpa. A Teoria da Confiança, próxima da Teoria da Declaração, determina a prevalência da declaração sobre a vontade, conforme a legítima expectativa gerada no destinatário. Ou seja, havendo boa-fé no destinatário, a declaração prevalece; estando ela ausente, o negócio é passível de anulação.

Para o autor, o Código Civil de 2002 fez opção pela Teoria da Declaração, pois toma como ponto de partida a declaração de vontade prevista no art. 112 e como critério de interpretação os usos e costumes, conforme art. 113, porém, em matéria de erro, aplica a teoria subjetiva (AMARAL, 2014, p. 421).

Há, portanto, o acolhimento das duas teorias definidoras do negócio jurídico pelo ordenamento jurídico, o que demonstra a real intenção do operador do direito em analisar o caso concreto, na trilha ditada pelo movimento de constitucionalização do direito privado, que visa a proteção do sujeito *in concreto*, dos casos *in concreto*.

Em que pese a divergência doutrinária acerca de seu papel da vontade nos negócios jurídicos patrimoniais, é inconteste a importância da manifestação desta na elaboração do negócio jurídico, sendo o critério primordial que o distingue dos fatos e atos jurídicos em sentido estrito, porém, a ela não se resume, sendo evidente que o que se pretende não é a manifestação de vontade, mas sim, a autorregulação do comportamento.

Ao dar continuidade à pesquisa e adentrar nas situações jurídicas existenciais, novamente o papel da vontade toma relevância de debate, e, assim como demais institutos de direito privado são relidos para fins de acolher a autonomia do indivíduo na construção de sua existencialidade, a vontade deve ser revestida de qualidades e condições a conferir a observância da dignidade da pessoa e ser efetivamente funcionalizadora desta.

Por ora, a teoria acolhida neste estudo corresponde a tutela jurídica da vontade conferida pela Parte Geral do Código Civil, que corresponde à Teoria Objetiva, com viés patrimonialista, da qual emergem duas novas teorias, as quais

buscam definir a natureza jurídica da declaração: Teoria Preceptiva de Emílio Betti e Teoria Normativa.

A Teoria Preceptiva atribui ao negócio jurídico o meio dinâmico de realização de interesses privados, como importante fato social e não meramente psicológico, cujo conteúdo forma regras reconhecidas pelo Direito e constitui-se em verdadeiro preceito dirigido aos integrantes da relação jurídica formada. É instrumento de autonomia privada (AMARAL, 2014, p. 422).

Emílio Betti (2008, p. 84-91) define negócio jurídico como instrumento da autonomia privada, disponibilizado pela lei, a fim de que os particulares possam dispor de seus interesses, de forma organizada e sem interferência, nas relações recíprocas. Na análise dos seus elementos, o autor destaca que quanto à forma, a vontade hábil a fazer surgir o negócio jurídico deve ser a vontade declarada ou comportamento, em contraponto à vontade psíquica<sup>50</sup>; em relação ao conteúdo, há um preceito de autonomia privada, regulador de interesses concretos próprios, e, por fim, quanto à causa, que haja uma função econômico-social, pois, “o Direito não concede a sua sanção ao mero arbítrio, ao capricho individual”, mas apenas em situações relevantes e úteis para a sociedade.

A Teoria Normativa, defendida no Brasil por Francisco Amaral, Miguel Reale, Maria Helena Diniz, e internacionalmente por Hans Kelsen, Carnelutti, Luigi Ferri, reconhece nos negócios jurídicos fonte formal de direito, de “normas jurídicas, disciplinadoras das relações estabelecidas” (AMARAL, 2014, p. 422).

Embora seja grande o número de operadores, pensadores e doutrinadores do Direito que defendam a força normativa dos negócios jurídicos, há relevante tese ao contrário que entende os negócios jurídicos se limitam a regular interesses intersubjetivos, sem atingir força de preceitos.

---

<sup>50</sup> Por não ser o objeto do presente estudo, não se aprofundará na discussão a respeito da vontade como fonte de negócio jurídico, acolhendo a teoria da vontade declarada, reservando-se à transcrição do texto como fundamento de acolhimento deste entendimento. *“Na verdade, a ‘vontade’, como fato psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, e pertence, unicamente, ao foro íntimo da consciência individual. Só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um fato social, susceptível de interpretação e de valoração por partes dos consorciados. Somente declarações ou comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, capazes de poder constituir objeto de interpretação, ou instrumento de autonomia privada. O fato de, na interpretação e valoração de declarações e comportamentos, não devemos deter-nos na forma exterior e literal da conduta alheia, devendo, antes, procurar descobrir-se a mens animadora, ou o sentido nela objetivando não significa que mens e sentido se possam adivinhar, prescindido da forma sob que se tenham tornado reconhecíveis”* (BETTI, 2008, p. 89, grifo do autor).

Antônio Junqueira de Azevedo estabelece a mesma crítica quando ao defeito lógico da Teoria Objetivista, pelas suas definições não abarcarem o todo, pois ficam fora das definições normativas os negócios nulos, e insurge também quanto à transformação do negócio jurídico como norma concreta e a qualifica como artificial, pois negócio jurídico não é preceito jurídico, se valendo da doutrina de Emílio Betti e Cariota Ferrara com fundamento de sua crítica (AZEVEDO, 2014, p. 12-13).

Luigi Cariota Ferrara (1949, p. 104) afirma que dos negócios jurídicos podem surgir relações jurídicas e não preceitos, pois a ordem jurídica reconhece na autonomia privada a capacidade de regular interesses e criar vínculos entre os sujeitos interessados, no entanto, não constitui preceitos, não cria normas, mas sim delas provém seus efeitos.

Na defesa da normatividade dos negócios jurídico, Francisco Amaral (2014, p. 423-424) levanta a presunção de que a existência de relações jurídicas depende dos respectivos direitos subjetivos, os quais, por sua vez, dependem de norma jurídica. Assim, negar os negócios jurídicos como fonte de normas, corresponderia a negar sua capacidade de criação de relações jurídicas. Ademais, não haveria incompatibilidade entre a vontade individual e a legal, pois, o negócio jurídico, regulado pelo direito, pode ser fonte de direito, assim como as demais leis, cuja regulação e eficácia são conferidas pela Constituição Federal, e criam novas normas. A natureza normativa dos negócios jurídicos seria, portanto, mais um elemento diferenciador daquele dos atos jurídicos *strictu sensu*.

Maria Helena Diniz (2011, p. 353 e 403-404), no objetivo de definir a norma jurídica de forma a abraçar todos as suas formas que já existem e ainda hão de existir, compreende que a mesma é imperativa, no sentido de prescrever “condutas devidas e comportamentos proibidos” e autorizante, no sentido de permitir ao lesado pela sua violação exigir o cumprimento através dos meios disponibilizados pelo ordenamento jurídico, perfilha do entendimento de que, havendo reconhecimento, pela ordem jurídica, da autonomia privada, o negócio jurídico deve ser reconhecido como “norma jurídica individual e concreta, pois as partes contratantes acordam que se devem conduzir de determinada maneira, uma em face da outra”.

E mais, a autora, ao definir negócios jurídicos, é bastante sucinta e clara no reconhecimento dos elementos que amoldam a teoria normativa: “O negócio jurídico funda-se na ‘autonomia privada’, ou seja, no poder de autorregulação dos

interesses que contem a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno”. É “uma norma concreta estabelecida pelas partes” (DINIZ, 2015, p. 483).

Desta forma, em relação às objeções cujo argumento principal se fundamenta na ausência de generalidade e abstração do conteúdo negocial, deve-se voltar o olhar para normas que, despidas de tais características, não são questionadas quanto à sua natureza, pois nem todas as normas jurídicas criadas através do competente processo legislativo estatal possuem essas qualidades, o que não as desnatura, e cita como exemplo as normas temporárias e as que se destinam a tutelar situações específicas e as decisões judiciais, em relação às quais não paira qualquer questionamento (PONA, 2015, p. 166-167).

Internacionalmente, Luigi Ferri (1969, p. 255) é expresso ao conferir a normatividade na força emergida das declarações de vontade que consubstanciam a autonomia privada ao afirmar que está não se apresenta somente como fenômeno social acolhido pelo ordenamento jurídico, mas visa justamente funcionalizá-lo através da regulamentação de interesses privados, patrimoniais ou existenciais, dentro de um espaço de liberdade individual por ele mesmo projetado.

A tendência no acolhimento da força normativa dos negócios jurídicos não é pacificada, muito pelo contrário, há doutrina de elevada estima, que rebate o entendimento.

Para o presente estudo, será acolhida força normativa, compartilhando das palavras e da conclusão de Everton Pona (2015, p. 165), de que “tendo em vista que atualmente a teoria prevalecente reporta-se à autonomia privada como um poder concedido ao indivíduo para auto-regulamentação de seus interesses, a concepção normativa do negócio jurídico parece corresponder mais fielmente a essa conceituação”.

Desta forma, adota-se a adoção da Teoria Objetiva nas relações cunhadas sob o viés patrimonialista e do reconhecimento da força normativa dos negócios jurídicos, sobre as quais segue a sua construção e a sua busca por uma definição, primeiramente dos negócios jurídicos patrimoniais, para então se buscar a conceituação de negócios jurídicos existenciais.

Francisco Amaral entende o negócio jurídico como “a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção das relações

jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes” (AMARAL, 2014, p. 409-410).

Ao esmiuçar o conceito de negócio jurídico, Francisco Amaral o analisa em 3 seguimentos: quanto à estrutura, onde identifica a vontade negocial cujo objetivo é normatizar e vincular os interesses dos envolvidos; quanto à função: de estabelecer os efeitos da relação formada; e, por fim, quanto aos efeitos, os quais são os queridos pelas partes e não impostos pela lei (AMARAL, 2014, p. 410-410).

José de Oliveira Ascensão (1992, p. 30-32) reconhece nos negócios jurídicos “actos de autovinculação das partes, ou pelo menos de fixação de efeitos jurídicos” e destaca como efeito mais importante “o preceito negocial que porventura comanda as actuações das partes”.

Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 17), vale destacar, perfilha de um terceiro entendimento, estabelecendo as críticas citadas, porém, aproveita parte de conteúdo perfilhados pelas mesmas e traça a definição do negócio jurídico amparada, não na sua gênese ou função, mas em sua estrutura e o compreende como categoria (fato jurídico abstrato) ou como fato (fato jurídico concreto). Para o autor, deve se fundar nos requisitos de existência, nos elementos de validade e nos fatores de eficácia e o define como “uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, as circunstâncias negociais, que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos”.

Como dito alhures, os negócios jurídicos são marcados pela sua dinamicidade e, tal como acontece com a realidade atual, a sociedade é exigente na demanda de tutelas jurídicas em relações interpessoais cada vez mais complexas, que, ao vivenciar avanços tecnológicos que afetam diretamente a vida e a existência das pessoas, trazem em seu bojo inúmeras consequências jurídicas, cuja regulamentação acontece via negócios jurídicos e cláusulas gerais.

Verá nos itens que se segue, que os negócios jurídicos deixam de regular situações eminentemente patrimoniais e passam a dispor de questões marcadamente existenciais, das quais podemos citar como exemplos as diretivas antecipadas de vontade, ou testamento vital, os contratos que envolvem a circulação de material genético, realização de gestação substitutiva, dentre outros.

A evolução dos negócios jurídicos contribui para a construção dos fundamentos do seu próprio conceito e dos limites da liberdade contratual, que será

objeto de estudo no item que segue.

### 3.2 SUPERAÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

A ordem jurídica deve acompanhar o desenvolvimento da ordem social a fim de estabelecer o necessário regramento. A releitura dos institutos jurídicos e, essencialmente os de direito privado, é justificada pelas transformações sociais, que supera as teorias clássicas e modernas.

Vivemos numa sociedade complexa, pluralista e fragmentada, para a qual os tradicionais modelos jurídicos já se mostram insuficientes, impondo-se à ciência do direito a construção de novas e adequadas “estruturas jurídicas de resposta”, capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança, em uma sociedade em rápido processo de mudança. (AMARAL, 2003, p. 63-64, grifo do autor).

A digressão evolutiva do conceito de negócio jurídico confere base forte para a formação da compreensão da liberdade negocial contemporânea, cujas modificações foram acontecendo ao longo dos anos, a partir do século XVIII, quando foi criado sob o fundamento no princípio da autonomia da vontade.

A criação do negócio jurídico se deu por razões filosóficas, políticas e econômicas. As razões filosóficas vêm como produto do jusnaturalismo, em que figurava, ao lado da liberdade inerente ao indivíduo de exercer sua vontade com eficácia, o princípio da igualdade formal, conferindo aos sujeitos igualdade de oportunidades e elevado grau de abstração ao instituto. As razões políticas emergiam do fato de que o negócio jurídico, representativo da vontade particular exercida com eficácia e de modo igualitário representava instrumento de superação do feudalismo, com função paralela ao direito subjetivo no exercício da liberdade e autonomia privada. Por fim, as razões econômicas delineavam sua função no favorecimento do intercâmbio e o desenvolvimento econômico (AMARAL, 2014, p. 413-415).

A amplitude dos negócios jurídicos sofreu grandes interferências das mudanças de formas de Estado passadas pela sociedade influenciando sobremaneira na liberdade de decisão individual, diretamente relacionada com a autonomia e liberdade de agir e ser de cada um.

A doutrina pontua 4 fases históricas na evolução do direito privado.

Inicia-se no direito romano, passa pelo direito medieval, pelo direito moderno e chega nos dias de hoje, denominado de direito contemporâneo (HIRONAKA, 2002, p. 3).

Adota-se o marco histórico da Revolução Francesa de 1789 como início de estudo da evolução do direito privado, com foco no direito negocial, e, mais especificamente na autonomia.

Como reação ao Estado Totalitário até então vigente, emergiu o Estado Liberal, voltado à classe burguesa que desejava se livrar das interferências Estatais nas relações privadas e perpetraram seu caráter patrimonialista e individualista, pregados por Norberto Bobbio (2000, p. 16) como pressuposto do liberalismo.

A concepção formada a partir do final século XVIII era envolta de ideais iluministas, movimento intelectual europeu iniciado no século XVII, caracterizado por defender a racionalidade crítica contra a fé, as superstições e os dogmas religiosos, as liberdades individuais, direitos do cidadão, a razão como única fonte de conhecimento, que, no campo do direito, embasou a doutrina do direito natural e a necessidade de sistematização de normas, princípios e regras, preconizando o sistema jurídico e as codificações modernas (AMARAL, 2003, p. 67-68).

O individualismo, contextualizado no Direito Privado se amparava na triangulação da igualdade, da liberdade individual e da propriedade privada que retratou o indivíduo no centro do ordenamento jurídico como causa e razão de ser (HIRONAKA, 2002, p. 4) e resultou nas concepções unitárias e abstrata do sujeito de direito (AMARAL, 2003, p. 68) que, para o direito negocial, representou o reconhecimento absoluto da autonomia da vontade, consagrando o princípio da força obrigatória dos contratos (MARQUESI; MARTINS, 2016, p. 141), de forma que o legislador não deveria intervir nas relações jurídicas estabelecidas, a fim de garantir o pleno exercício da liberdade individual, sem restrições ou limitações exógenas (TEPEDINO, 2004, p. 220).

Neste contexto, os negócios jurídicos eram puramente patrimonialistas, os sujeitos eram colocados de forma abstrata na relação formada, sendo afastados de seus interesses e necessidades, que permaneciam em segundo plano. Elementos importantes como a busca de equilíbrio contratual eram relegados (FACHIN, 2012, p. 101). Os códigos civis, inclusive o Código Civil de 1916, tinham

como paradigma de homem comum o cidadão burguês, dotado de patrimônio, pois era considerado livre quem podia deter, gozar de sua propriedade, sem interferência do Estado, critério que excluía a grande maioria das pessoas (LÔBO, 2003, p. 201).

A tutela da pessoa humana, emergida também em resposta às arbitrariedades do Estado totalitário, se limitava ao campo do direito público, com proteção da integridade física e outras garantias políticas, sem qualquer interferência no direito privado (TEPEDINO, 2004, p. 32).

Este foi o período de maior evidência da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado. A Constituição Federal era voltada na relação Estado X Cidadão e estabelecia direitos fundamentais de primeira geração, assim entendidos os direitos negativos – como vida, liberdade, e o direito privado se reservava à tutela dos interesses entre particulares<sup>51</sup>.

Pela característica marcante das ideias iluministas ser a racionalização<sup>52</sup>, resultou o ideal de um direito sistematizado, visando unificar e uniformizar a legislação vigente e superar a insegurança medieval, cuja principal qualidade foi a de ser instrumento de garantia das liberdades civis (HIRONAKA, 2002, p. 4). Esse sistema de normas, composto pelos Códigos, se utilizava, quase que exclusivamente, de regras jurídicas, contendo *fattispecie* completa, formadas por preceito e consequência jurídica, e raramente a forma de princípios expressos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Pretendia-se que a legislação civil fosse completa, clara e coerente, refutava-se a ideia de lacunas, ambiguidade, polissemia e antinomias (NETO, 2006, p. 19).

O Código Civil de 1916, como dito, editado dentro desse contexto e conforme os padrões filosóficos do século XIX no Brasil, é marcado pela doutrina individualista e voluntarista, em que as esferas do Direito Público e do Direito Privado, conhecido como constituição do direito privado, tinham seus contornos

---

<sup>51</sup> Vide nota de rodapé n. 21.

<sup>52</sup> Neste cenário, é de destaque a distinção werbeniana de racionalidade material e formal. A primeira reflete o impulso do indivíduo fundado em suas crenças, em seus valores de dever e justiça. A segunda, presente nessa fase histórica, corresponde à racionalidade formal, instrumental, procedimental. O formalismo jurídico, proveniente da racionalidade formal, entende o Direito como composto por leis com caráter geral e abstrato, cuja justiça está intrinsecamente ligada ao simples fato de ser lei, em apego à sua forma e não ao seu conteúdo, e o organiza como um sistema unitário, positivo, criado pelo Estado (único criador do Direito), completo, coerente, capaz de responder a todas as demandas jurídicas, com caráter estático, como pressuposto da segurança jurídica, de forma que a aplicação da norma se dá por meio do silogismo de subsunção do fato à norma geral e abstrata (AMARAL, 2003, p. 69).

completamente delimitados e não se misturavam. O Direito Público não interferia na esfera privada, monopolizada pelo antigo Código, o qual cumpria a missão de garantir à atividade privada sem interferências externas e ao sujeito de direito, a estabilidade das regras quase imutáveis firmadas nas suas relações intersubjetivas, adjetivado por Stefan Zweig, como “o mundo da segurança”, ao direito público competia zelar pela pessoa numa relação com o poder público ou em caso de lesão à sua integridade, quando configurado delito (TEPEDINO, 2004, p. 3 e 32).

A pessoa, enquanto sujeito de direito identificada pelo Código Civil de 1916, consistia em uma abstração conceitual, que passava ao largo do ser concreto e real. “A ordem jurídica cerrava seus olhos para a desigualdade de fato que dominava o espaço privado, e com sua aparente neutralidade, chancelava a opressão (SARMENTO, 2004, p. 91).

O Direito Civil representava o ambiente de proteção do indivíduo, bastante distante do direito constitucional, que, talvez pela antiguidade do primeiro, cuja elaboração se iniciou no direito romano-germânico datado de há mais de 2 mil anos, resistiu à inserção e congruência com as normas constitucionais, aparentando que a “constituição do homem comum” não seria afetada por qualquer mudança constitucional (LÔBO, 2003, p. 198).

Ao reconhecer a importância da visão iluminista do Direito para os avanços da época, especialmente por representar uma reação ao totalitarismo, reconheceu-se também que a sociedade está em constante, e cada vez mais acelerada modificação, de forma que a rigidez do sistema jurídico estabelecido e a liberdade individual sem restrições já não comportava as mais diversas situações que lhe eram colocadas em xeque, fazendo ruir suas barreiras.

A liberdade conferida aos cidadãos, cuja igualdade era puramente formal e priorizava a classe burguesa, gerou novos conflitos provenientes das classes menos favorecidas, que justificou o surgimento do Estado Social, a partir da 1ª Guerra Mundial, marcado pela tendência intervencionista do Estado no domínio econômico, pela preocupação com a igualdade substancial ao invés da meramente formal e com a solidariedade (AMARAL, 2003, p. 72). Foram conferidos os direitos fundamentais de segunda geração, de dimensão positiva, proporcionando aos particulares prestações sociais do Estado.

Porém, foi após a segunda grande guerra que o Estado Social tomou

a forma que serviu de base para o atual ordenamento jurídico civil-constitucional contemporâneo, fundado na dignidade da pessoa humana e na consagração dos direitos fundamentais como alicerce.

A partir da Constituição Federal de 1988, fortalecida com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, deu-se início a uma nova era para o Direito Privado, amparado no Estado Democrático de Direito, que determinou releitura de institutos do Direito Privado, em especial nos negócios jurídicos, no qual a autonomia da vontade, cuja conotação é subjetiva e diz respeito à possibilidade de seu titular firmar ou não os negócios jurídicos, é reavaliada e dá lugar à autonomia privada, como poder dos titulares de regular o conteúdo e disciplina dos negócios nos quais fizessem parte (AMARAL, 2014, p. 409).

Inicia-se o processo de constitucionalização do Direito Privado, assim compreendido os efeitos irradiados das normas constitucionais que atingem todo o ordenamento jurídico (BARROSO, 2006, p. 11) e cujo alicerce fundamental, mas não exclusivo<sup>53</sup>, é a dignidade da pessoa humana, que faz romper paradigmas consolidados há tempos remotos e emergir uma nova ordem jurídica responsável pela proteção e promoção da pessoa enquanto ser humano.

Tal proposta consolidou em nossa doutrina um direito civil-constitucional, isto é, um direito civil interpretado e aplicado à luz dos valores constitucionais, reconhecido nos meios acadêmicos e também pelos Tribunais. Na metodologia da interpretação do Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do direito privado. Cabe, portanto, ao intérprete evidenciar a subordinação da norma de direito positivo a um conjunto de disposições com maior grau de generalização, isto é, a princípios e valores dos quais não pode ou não deve mais ser dissociada (PEREIRA, 2013, p. 43, grifo do autor).

A partir desse momento, a solução apresentada aos casos concretos já não mais era encontrada através do processo de subsunção do fato à norma

---

<sup>53</sup> Luís Roberto Barroso esclarece que para a realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição, exige-se diferentes técnicas e possibilidades interpretativas: a) revogação de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição e declaração de inconstitucionalidade das posteriores quando e com ela incompatíveis; b) declaração de inconstitucionalidade por omissão; c) interpretação conforme a constituição, subdividida na leitura da norma infraconstitucional na forma que melhor realize o sentido constitucional e na declaração de inconstitucionalidade parcial, com o afastamento de interpretação incompatível (BARROSO, 2006, p. 19).

insculpida no artigo de lei civil, mas foi necessário, como ainda o é, busca-la da conjugação de todo o ordenamento jurídico, sob a luz da Constituição e, principalmente, de seus princípios fundamentais (PERLINGIERI, 2002, p. 5). A norma constitucional passou a assumir a função de validar a norma jurídica aplicável e modificar, à luz dos seus valores e princípios, institutos tradicionais do direito civil (MORAES, 1991, p. 29).

Com o irradiar da luz constitucional sobre a leitura civilista, elementos como família, propriedade, empresa e negócios jurídicos deixaram de ter sua essência individualista, e, na vigência da ética da solidariedade, passaram a funcionalizar a realização do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, na busca de uma sociedade realmente livre, justa e solidária (TEPEDINO, 2006, p. 341), que deixou de olhar o homem abstrato e abastado, e se voltou para a pessoa, o ser de carne e osso, com problemas, dificuldades, anseios, históricos de vida. O ser concreto, real. Este fenômeno é reconhecido como a repersonalização do Direito Privado<sup>54</sup>.

No Direito contemporâneo o princípio da subjetividade jurídica, que acolhia o sujeito de direito abstrato, dá lugar ao princípio do personalismo ético que reconhece que “todo ser humano é pessoa, individual e concreta, sujeito jurídico porque sujeito humano. O ser humano, porque pessoa em sentido ético, é um valor em si mesmo” e legitima o surgimento dos Direitos da Personalidade (AMARAL, 2014, p. 202).

A repersonalização da pessoa humana segue, portanto, por dois caminhos: busca concreção, no sentido de olhar o homem real, concreto e não mais o sujeito de direito abstrato delineado pela lei e desvencilha do caráter patrimonialista e se volta ao homem enquanto sua existencialidade.

Em relação ao primeiro sentido da repersonalização, o indivíduo passa a ser juridicamente considerado já não mais de forma abstrata, mas concreta,

---

<sup>54</sup> “O sujeito de direito é fundante à medida que esse conceito é construído qualificando-se pessoas que ingressam nessa categoria, sendo toda qualificação, por si mesma, excludente. Isso remete à distinção corriqueira que se faz entre o conteúdo e o continente, ou entre a fotografia e a moldura. O sistema, enquanto continente ou moldura, enquadra pessoas, relações e coisas. Isso integra a porosidade do jurídico a reconstrução contínua de conceitos e definições. Há coisas que estão fora da moldura, e há também relações que estão excluídas desse quadro. A realidade fática, porém, constrói sociedades à margem dessa dimensão que o sistema fixa para dar dignidade jurídica. É a ideia singela segundo a qual fatos se tornam jurídicos a partir de uma luz de juridicidade que recai sobre eles, o que leva à formulação de *que nem todo fato é jurídico e nem toda pessoa é, a rigor, sujeito de direito*” (FACHIN, 2000, p. 174-177, grifo do autor).

que participa de relações intersubjetivas concretas, “uma pessoa real, que usa a razão e faz escolhas, mas que também sente fome, fica doente, cultiva amizades, ama, sofre e precisa do outro, e que não deixa de ser digna por isso” (SARMENTO, 2016, p. 51).

Paralelamente, o caráter patrimonialista do sujeito dele se desapega, figurando como ator central o ser enquanto sua existencialidade.

Embora historicamente as relações intersubjetivas tenham se pautado em objetivos patrimoniais, cada vez mais se pode observar situações nas quais os sujeitos buscam a tutela e regulamentação de questões puramente existenciais e, até mesmo, sem qualquer reflexo material.

No campo da biomedicina, se tornaram comum negócios jurídicos envolvendo coleta e implantação de material genético, cujo desejo é a realização de projeto parental dos pais e envolve a materialização do conceito de vida boa dos idealizadores e o início da vida do bebe, também é bastante discutido, em todas as esferas, desde religiosa, política, jurídica e social, a cirurgia de transgenitalização, e, por fim, declarações visando regular formas de tratamento médico em caso de impossibilidade de manifestação de vontade tem sido objeto de estudo e verificação de formas de validação, cujo desejo da pessoa não se funda em bens e propriedades. Decisões, sonhos e pretensões que envolvem desde o começo até o fim da vida depositam nos negócios jurídicos a tutela de interesses, por ausência de categoria que melhor se adequasse, cujo interesse é puramente, senão exclusivamente, existencial.

Jussara Meirelles ao se referir ao sujeito abstrato do Código Civil de 1916 afirma que:

Não é difícil concluir, portanto, que *a pessoa que o Código Civil descreve* não corresponde àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias... O sujeito conceitual *tem bens suficientes* para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta um grave e inarredável defeito: no mais das vezes *não corresponde ao sujeito real*. (MEIRELLES, 1998, p. 91-92, grifo do autor).

Diante desses novos interesses e da funcionalização do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, a ordem jurídica não é capaz de responder aos anseios sociais sem a adequação de suas categorias, especialmente a do sujeito de direito abstrato, devendo buscar o sujeito *in concreto*, despido do

caráter patrimonial e olhando sob o viés da existencialidade.

A pessoa humana, portanto, e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado. (TEPEDINO, 2006, p. 342).

Os reflexos desse deslocamento são inúmeros e, dentre eles pode citar a impossibilidade de utilização da pessoa como meio, valendo, mais do que nunca, o mandamento de Kant de que a pessoa não pode ser um meio, mas sim um fim a si mesma, e a alteração dos limites da autonomia privada, em situações existenciais, que permite a criação de um novo conceito: a autodeterminação o qual será abordado como foco principal deste trabalho.

Como se pode notar, o modelo superado de tutela do direito privado e a ausência de tutela da personalidade, a qual, implicitamente imbuía as relações privadas de interferências externas, causavam danos irreversíveis à dignidade da pessoa humana em casos concretos, principalmente envolvendo situações viabilizadas pelos avanços da biomedicina<sup>55</sup> e demandou, além da superação do conceito abstrato de sujeito de direito, maior intervenção do Estado nas relações privadas.

O início da intervenção do Estado nas relações privadas se deu através das normas de ordem pública, as quais se destinavam à proteção do lado mais fraco da relação jurídica. Esta fase foi conhecida como dirigismo contratual, que consolidou a publicização do direito privado<sup>56</sup> (BARROSO, 2006, p. 19) e é mais claramente demonstrada através de exemplos como a necessidade de respeito à função social da propriedade, da empresa, da responsabilidade civil e até da família e do contrato, além de determinações imperativas do conteúdo e das obrigações no âmbito negocial (NETO, 2006, p. 28).

---

<sup>55</sup> Para leitura de exemplos fáticos detalhados, vide TEPEDINO, 2004, p. 62-75).

<sup>56</sup> Neste ponto é relevante estabelecer a distinção de termos comumente utilizados como sinônimos, porém, revelam situações distintas, a publicização e a constitucionalização, pois “a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é indiscutível para a compreensão do moderno direito civil” (LÔBO, 2003, p. 200, grifo do autor).

O Código Civil de 1916, idealizado como a Constituição da Relações Privadas, passou a não suprir as necessidades específicas da sociedade. Emergiu, então, legislação extravagante que, com o tempo, passou a tutelar de forma especial grande parte das relações patrimoniais privadas. O conteúdo do Código Civil de 1916 deixou de ser um direito exclusivo e passou a ser um direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral, enquanto que a parte especial passou a ser tratada pela legislação extravagante, denominada de direito especial. Mais adiante, pela legislação extravagante assumir grandes proporções, o cenário deixou de ser verificado como gênero e espécie e houve a subtração total de matérias do Código Civil e a elaborações de verdadeiros estatutos que as disciplinavam integralmente (TEPEDINO, 2004, p. 5-8).

O sistema jurídico proveniente da racionalidade formal, estruturado como monossistema civil e idealizado pela visão iluminista pela sua completude, clareza e coerência, se deslocou do Código em direção ao polissistema legislativo, no qual microsistemas como ECA, CDC, Lei de Locações, gravitam em torno do Código Civil. É a chamada era dos estatutos (NETO, 2006, p. 25), que, quando lacunoso por ausência de normas abstratas para subsunção, tiveram sua solução socorrida à base da cláusula geral da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2004, p. 62-75), e, com o Código Civil de 2002, recebeu a introdução de cláusulas gerais na legislação privada.

Diante de todos esses acontecimentos na busca de tutela dos direitos e interesses individuais visando a promoção da pessoa humana, viu-se ruir as barreiras entre o Direito Público e Direito Privado, sob pena de as sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais do cidadão perante o Estado tornarem-se inoperantes para as transformações sociais pretendidas, caso não fosse a incidência da norma constitucional nas relações privadas.

Como se pode notar, o comportamento do Estado em relação ao cidadão foi sendo modificado conforme o evoluir e desenvolver das relações intersubjetivas, de forma que não é mais possível delimitar com a clareza de outrora, os limites entre o Direito Público e o Direito Privado, tal marcação é possível quando tomada por base a prevalência de interesse, público ou privado, mas, não mais, pela inexistência de intervenção pública nas atividades privadas ou pela exclusão do cidadão nas esferas administrativas (TEPEDINO, 2004, p. 20).

Na verdade, a própria dicotomia direito público/direito privado é que está em questão. Mas não negar, nos tempos atuais, que o negócio jurídico, visto desde a concepção oitocentista até agora, vem ganhando uma conotação cada vez mais associada ao Direito Público. Sua principiologia, seus contornos, limites e conteúdo ora se abeberam em dispositivos privados ora vão socorrer-se de norma de direito público. Cuida-se de uma simbiose característica dos sistemas jurídicos contemporâneos. (MARQUESI; MARTINS, 2016. p. 149).

As relações intersubjetivas vão se tornando complexas, reguladas por diversas fontes que, inseridas num mesmo sistema jurídico, deve ser harmonizada com o todo, cujo ponto central é o conteúdo constitucional, não de forma segmentada como era em tempos passados, pois a tutela jurídica segmentada esvaziaria a promoção da dignidade da pessoa humana, caso permanecesse o bloqueio de interferências nas relações privadas e contemplasse a tutela da personalidade com o viés patrimonialista, taxativo, e não como cláusula geral decorrente da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2004, p. 61)<sup>57</sup>.

O Direito Privado precisou se abrir, num primeiro momento, à incidência de normas de ordem pública, que mitigaram a autonomia da vontade, seguida da criação dos microssistemas, e à leitura de seus institutos sob a luz constitucional, emergida do valor da dignidade da pessoa humana, elevado à princípio fundamental da República e culminou com o Código Civil de 2002<sup>58</sup> que, regulou relevantes matérias através de cláusulas gerais e com conceitos indeterminados, visando acolher maior número de situações presentes como futuras.

Como se pode observar, as cláusulas gerais abriram o sistema

---

<sup>57</sup> Diante dessas circunstância, verifica-se igualmente a insuficiência das técnicas de proteção humana elaboradas pelo direito privado, consubstanciadas na doutrina dos direitos da personalidade. Afinal, a tipificação (de cunho monista ou pluralista) dos direitos da personalidade, concebida sob o paradigma dos direitos patrimoniais, com sua meticulosa taxionomia, a definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para a sua proteção, mostra-se inteiramente aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se ajustarem à regida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico (TEPEDINO, 2004, p. 62).

<sup>58</sup> O código Civil de 2002, embora bastante criticado, é composto por normas elaboradas através de duas técnicas: casuística e por cláusulas gerais. Através das primeiras, também reconhecidas como técnica de regulação por *fattispecie*, o texto normativo é marcado pela especificação e determinação de seus elementos, da maneira mais completa possível, impondo ao intérprete sua aplicação através de processo de subsunção do fato à norma. Trata-se das normas de caráter abstrato e geral, que, quando verificado o fato, incidirá desde que preenchidos todos os seus elementos. Pela sua determinação e tipicidade, principalmente a essas normas é o fato de rigidez e imutabilidade do sistema jurídico (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7, grifo do autor).

jurídico às novas situações, mas também abriu ainda mais o Direito Privado para interferências do Direito Público, já não sendo mais possível estabelecer limites tão claros e absolutos, mas proporcionando maior flexibilidade e maior campo de tutela de interesses que emergirão da evolução humana.

Essa superação da dicotomia entre direito público e direito privado tem significativo reflexo no campo da autonomia da vontade, pois que confere aos sujeitos a possibilidade de entabular suas relações e estabelecer auto-regulamentação dos seus interesses, sem afastar o poder que o Estado detém de se impor ao particular, por exemplo, através de normas cogentes, e, também, por vezes, se comporta na posição de coordenação em relação aos particulares (FACHIN, 2012, p. 80-83).

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil que, dessa forma, perderia espaço como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revogados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatível cm as demandas sociais e econômicas da sociedade atual. (TEPEDINO, 2004, p. 21).

É nesse contexto que se encontra o Biodireito, que, por muito tempo foi objeto de pesquisa sobre seu enquadramento, que reconhecida sua autonomia como um microssistema, como ramo de direito público ou privado, com conclusão pela sua natureza mista, pelo seu caráter híbrido, por tutelar interesses públicos como também privados (FERREIRA, 1999, p. 51).

Em relação ao tema abordado no presente estudo, são facilmente constatadas situações em que o Estado se impõe, e precisa se impor, sobre a liberdade e autonomia do particular. Os avanços médicos, biomédicos e biotecnológicos trilham a passos largos, numa velocidade acelerada e atingem terrenos jamais percorridos e que sequer são conhecidos. Tudo isso assusta, mas proporciona solução para muitos problemas da vida. Contudo, é necessário ter cuidado, agir com limites e não desvirtuar as perspectivas delineadas pelo avançado conhecimento do homem sobre a vida. A possibilidade de mudar o curso natural da vida é real e atual, é visto com bons olhos e, como tudo, quando bem utilizado faz prosperar a vida humana com qualidade e com dignidade. Porém, a sociedade é

pluralista, há diferentes pessoas e diferentes interesses e, em campo tão sensível como o do Biodireito, um olhar centralizador e organizador deve ser respeitado, assim como deve ser respeitada a vontade e a existencialidade de cada indivíduo. O Estado exerce papel fundamental pois, ainda que os limites da autodeterminação sejam mais amplos que da autonomia privada, conforme será abordado em item 4.1, há necessidade de estabelecer e controlar os caminhos a percorrer.

### 3.3 A TUTELA DA EXISTENCIALIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS

O Direito Privado foi quase que totalmente remodelado. Seus paradigmas, há muito sustentados, sofreram reformulações em prol do homem e da promoção da sua dignidade. Essas reformulações tiveram, e têm, repercussão também na esfera da relação jurídica e dos negócios jurídicos, reestruturados para absorver as situações fáticas que, por possuírem relevância jurídica, se tornaram dignas de tutela.

O propósito deste item é delinear as situações jurídicas existenciais, fundada nos direitos da personalidade; traçar os contornos dos negócios jurídicos existenciais e, por fim, filtrar o conteúdo dos negócios biojurídicos, sobre o qual reside a problemática deste estudo: os contornos da autodeterminação biojurídica.

#### 3.3.1 Situações Jurídicas Existenciais e Relações Jurídicas Existenciais

O direito civil é objeto de constantes releituras nos últimos tempos, cujas alterações se intensificaram nas últimas décadas. Nos itens anteriores foram descritas releituras de institutos pilares do Direito Privado, visando adequação social e normativa, com base na ordem jurídica fortalecida pela Constituição Federal de 1988.

Nas linhas que se seguem, serão descritos novos vieses de análise do Direito Privado, com quebra de barreiras da estrutura da relação jurídica tradicional, a consagração da figura da situação jurídica, visando abranger, de forma eficaz e necessária, todas as situações fáticas que clamam tutela jurídica e introduzir fatos que eram marginalizados pela doutrina clássica.

As palavras de Ricardo Luis Lorenzetti, já em 1995, data da obra

original, são ainda atuais e retratam claramente a passagem que o direito privado transita.

Cada indivíduo é diferente e reclama uma solução legal particularizada; cada setor almeja seu próprio subsistema jurídico; cada grupo pretende criar Direito segundo suas perspectivas. Se o Direito Privado estatal pretende conter esta força centrípeta produzem-se os fenômenos de fuga. As pessoas evitam o contrato clássico, para elaborarem um atípico, mais adequado a seus interesses particularizados; as empresas se evadem de seus sistemas jurídicos nacionais, buscando o mais econômico; os réus criam sua justiça, mais adequada a suas premências. A instituição tradicional se vê transbordada. (LORENZETTI, 1998, p. 118).

O direito civil tradicional se funda nos institutos do direito objetivo e subjetivo, da relação jurídica formada por dois sujeitos de direito e um objeto, com implicação na atribuição de direito subjetivo para um e de sujeição a um dever jurídico para outro (PONA, 2015, p. 183) e do negócio jurídico como exercício da autonomia privada.

Neste contexto, a relação jurídica era estabelecida entre o polo ativo, titular de um direito, e do polo passivo, titular de um dever, cuja tutela jurídica dependia de conteúdo jurídico preestabelecido para que o ordenamento jurídico conferisse a tutela. Na ausência de previsão normativa, vigorava a máxima de Direito Privado: tudo que não é proibido, é permitido. No entanto, com a irradiação da luz constitucional, especialmente pela vertente da dignidade da pessoa humana, e a infinidade de situações fáticas que surgiram em virtude das novas tecnologias e do avanço da ciência, esta estrutura já não foi mais capaz de se sustentar e sofreu ruptura. Dessa ruptura, surgiu a situação jurídica subjetiva, a qual será melhor compreendida neste item, que visa restabelecer um conceito contemporâneo de relação jurídica.

A relação jurídica clássica é o vínculo existente entre pessoas, sujeito (s) ativo (s) e sujeito (s) passivo (s) em virtude de uma norma legal ou contratual que cria direitos e deveres, respectivamente (WALD, 2009, p. 140). Sua base é substancialmente o direito subjetivo compreendido, atualmente, como “o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito” (PERLINGIURI, 2002, p. 120). Esse reconhecimento normativo se dá através do direito objetivo, composto por normas positivadas, contendo *fattispecies* que, quando subsumida pelos fatos e atos, sobre eles incide e os tornam

jurídicos.

No entanto, na atualidade, é perceptível que nos polos das relações jurídicas, via de regra, já não mais se situam sujeito (s) exclusivamente com vantagem (ns) ou desvantagem (ns), mas sim complexos mistos em cada lado oposto, além do que, não é possível identificar no direito objetivo a infinitude de situações fáticas que, pela sua relevância, merecem e precisam de tutela jurídica.

Diante da “revolta dos fatos contra os Códigos”<sup>59</sup>, que representou a saturação do direito subjetivo em acolher os interesses da sociedade, retomou-se o amparo da fenomenologia jurídica com base na situação jurídica.

Face à ausência de um direito subjetivo, incabível falar-se na existência de sujeito de direitos, ou mesmo trazer o conceito clássico de relação jurídica. Não há dúvidas, porém, que eventos fáticos não normatizados – pela inexistência de direito objetivo correspondente, isto é, de um comando emanado da norma – criam situações jurídicas que circundam centros de interesse e que merecem tutela jurídica. Como visto, tais fatos não geram direitos, mas interesses, que não eram, outrora, cancelados pelo Estado por meios jurisdicionais, contexto que culminou em nova forma de se pensar o Direito Civil. (AMARAL; RICETTO, 2016, p. 32).

Do cenário já retratado neste estudo, proveniente não só dos avanços científicos ligados à biotecnologia, mas a eles direcionados à pesquisa, se tornam presentes novas situações fáticas, de relevância social e jurídica, porém, que não encontram suporte normativo no texto positivado. A dificuldade apresentada pela estrutura clássica da relação jurídica vai mais além. Por ser composta de polo ativo e passivo, cada um titular exclusivo de vantagens e desvantagens, respectivamente, parte dos efeitos gerados pelos fatos não eram regulados, permaneciam à margem, embora sua relevância não fosse objeto de discussão.

Paul Roubier, jurista francês que em 1963 já havia identificado essa falha na relação jurídica tradicional, e contribuiu para a divulgação dos primeiros passos da situação jurídica através da sua obra *Droitssubjectives et situationsjuriques*, ao reconhecer que:

Nós começamos a ganhar consciência, mais claramente do que tínhamos até agora, do entrelaçamento dos direitos e dos deveres, que caracteriza a organização jurídica. É esse entrelaçamento que

---

<sup>59</sup> Termo difundido por Luiz Edson Fachin em sua obra “Teoria Crítica do Direito Civil”.

levou os autores contemporâneos a tomarem por base de suas construções a noção de situação jurídica mais do que aquela de direito subjetivo. A situação jurídica se nos apresenta como constituindo um complexo de direitos e de deveres. (ROUBIER, *apud* SOUZA, 2015, p. 5).

A continuidade desta pesquisa partirá da superação dos limites impostos pelo direito subjetivo e direito objetivo e da conformação clássica de relação jurídica. Adotar-se-á a teoria das situações jurídicas<sup>60-61</sup> entendidas como efeitos avaliados pelo Direito que valoram juridicamente os fatos que lhe deram causa, reconhecendo-os como relevantes quando criarem, modificarem ou extinguirem situações jurídicas (SOUZA, 2015, p. 3-5) e, compõem-se como categorias mais amplas, que suportam as multiplicáveis situações advindas, principalmente, dos avanços tecnológicos e biotecnológicos, as quais, embora não se amolde às previsões normativas tipificadas, merecem tutela jurídica, que é reconhecida e acolhida pela nova figura (TEPEDINO, 2008, p. 66).

Esta superação dos limites do direito subjetivo para alçar voo em terreno que compõe as situações jurídicas segue imposição, ditada pela Constituição Federal, de proteção da dignidade da pessoa humana, justificadora de todo o processo de constitucionalização do direito privado e, no que se refere à disciplina dos direitos da personalidade, preconiza o acolhimento da sua tutela através de cláusulas gerais, em especial através da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, que suplanta, por sua vez, as específicas hipóteses delineadas pelo Código

---

<sup>60</sup> “A situação jurídica como conceito geral das categorias que expressam o agir humano alcança especial relevância diante da crescente complexidade das relações jurídicas que, nem sempre, encontram nas situações típicas melhor modo de medir em conceitos o comportamento (MEIRELES, 2009, p. 22).

<sup>61</sup> Para aprofundamento do estudo em “situação jurídica”, recomenda-se a leitura de: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. A vida numa casca de noz? – A insuficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e realização da autonomia privada. In: *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais. Autonomia privada e situações jurídicas existenciais.* (Org. Éverton Willian Pona; Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Priscila Machado Martins). Curitiba: Juruá, 2019, p. 21; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; RICCETTO, Pedro Arcain. Fenomenologia jurídica e a intrínseca correlação com as situações existenciais na conformação dos novos danos. In: *Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF* Coordenadores: Richard Pae Kim, Tereza Cristina Monteiro Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2016. P. 25; PERLINGLIERI, Pietro. *Perfis do direito civil.* Trad. de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos.* Civilistica.com. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/situacoes-juridicas-subjetivas-aspectos-controversos/>>. Acesso em 29 de abril de 2018.

Civil<sup>62</sup> e acolhe uma série aberta de situações jurídicas subjetivas (MEIRELES, 2009, p. 19-21).

O princípio (da dignidade da pessoa humana) consiste em uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, sem limitações, o que possibilita a sua concretude. Com a tutela do valor pessoa, não há número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses amparadas, abrangendo novas manifestações e exigências que, com o progresso da sociedade, passam a exigir consideração. (ESPOLADOR, 2016, p. 164).

A situação jurídica ao superar essas limitações, acolhem fatos não objetivados na norma, mas juridicamente relevante e remodela a relação jurídica, a qual passa a envolver centros de interesses, cujos polos estão ligados num esquema complexo de situações jurídicas. As formas de apresentação da situação jurídica não objeto de consenso e pacificação na doutrina, as mais comumente apresentadas são direito subjetivo, direito potestativo, poder jurídico (*potestà*), interesse legítimo, faculdades, ônus (PERLINGIERI, 2002, p. 155) e expectativa de direito (SOUZA, 2015, p. 11).

Para prosseguir, é importante estabelecer algumas definições básicas, sem, contudo, pretender exaurir toda a temática envolvendo situações jurídicas, cujo conteúdo é denso e robusto e exigiria dedicação integral do trabalho. Segue, portanto, na definição de cada forma de apresentação da situação jurídica, com início pelo direito subjetivo.

O direito subjetivo, como já mencionado, “implica, necessariamente, em um dever jurídico atribuído a outrem, passível de ser vindicado judicialmente, a fim de garantir sua observância”, pois a atribuição de um direito a um indivíduo influencia o comportamento de quem o circunda, aos quais são proibidos de embaraçar a conduta permitida pela lei àquele e ainda deverão adotar conduta positiva a viabilidade à realização do respectivo direito (PONA; AMARAL, 2016, p. 65). “É o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e exigir de outrem determinado comportamento” (AMARAL, 2014, p. 238).

Como se pode observar, o direito subjetivo, amparado num direito objetivo, confere a titularidade de uma vantagem (poder) ao sujeito e uma

---

<sup>62</sup> Código Civil Brasileiro. Parte Geral. Livro I. Das Pessoas. Título I. Das Pessoas Naturais. Capítulo II. Dos Direitos da Personalidade. Artigos 11 a 21.

desvantagem (dever) a outro, sendo que aquela é dotada de exigibilidade.

Diferentemente do direito subjetivo, através do direito potestativo, seu titular exerce o poder formativo de, unilateralmente, constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, ainda que haja interferência na esfera jurídica de outro sujeito, o qual não pode se opor ao exercício desse poder (PERLINGIERI, 2002, p. 123).

No direito potestativo, há, portanto, tutela do interesse/direito do seu titular, sujeição da outra parte ao exercício desse interesse/direito, a qual sofre os efeitos do exercício, mas a ele não tem o que se opor. É o caso, por exemplo, do pedido de divórcio.

O poder jurídico consiste na possibilidade de intervenção na esfera jurídica alheia, não em proveito próprio, mas sim daquele que fica sujeito ao referido poder (PONA; AMARAL, 2016, p. 66). Constitui numa situação complexa, um verdadeiro ofício, um dever-poder, o qual não é livre, mas necessário no interesse de um terceiro ou da coletividade. Deve ser realizado de acordo com as regras da diligência, lealdade e boa-fé (PERLINGIERI, 2002, p. 129).

As principais características do poder jurídico são o fato de ser tutelado os interesses/direitos de terceiros, os quais sentem os efeitos, porém, a parte que se sujeita é a que precisa exercê-lo, pois não é simplesmente um poder, mas um poder-dever, dotado de exigibilidade. Exemplo clássico é o poder familiar.

O interesse legítimo se revela numa posição favorável à satisfação de uma necessidade, vantagem ou utilidade, cuja realização uma pessoa pode, em abstrato, pretender de outra (AMARAL, 2014, p. 257). É a outra face do poder jurídico, e pode ser exemplificado com o caso de um menor, cujos bens são administrados por um tutor, o qual, por sua vez, não exerce seu ofício em conformidade, e investe mal o dinheiro que lhe é confiado. O menor pode lhe propor melhores investimentos e, na recusa, ajuizar ação para avaliar a validade dos investimentos (PERLINGIERI, 2002, p. 131).

A situação jurídica se apresenta como faculdade jurídica quando “não existe uma correspondência entre a possibilidade de praticar ou deixar de praticar determinado ato e, por outro lado, algum dever de terceiro” (WALD, 2009, p. 142). É exemplo a faculdade de fazer testamento.

Ônus, por sua vez, representa a imposição, ao seu titular, de adoção de determinada providência, cujo descumprimento lhe acarreta consequências diretas

e exclusivas à sua esfera jurídica (PONA; AMARAL, 2016, p. 66). É uma situação instrumental que visa alcançar um resultado útil ao seu titular (PERLINGIERI, 2002, p. 128).

A instrumentalidade do ônus é marcada especialmente pelo fato de não haver reflexos na esfera jurídica de terceiros, os efeitos são sentidos exclusivamente pelo titular do interesse/direito, o qual não é caracterizado pela exigibilidade. Como exemplo, pode-se citar o ônus da prova.

Por fim, a expectativa de direito pressupõe a ocorrência de fato jurídico que origina a situação jurídica a ser adquirida ao final, por exemplo, após superada uma condição num negócio condicional. Surgem, portanto, efeitos – situações jurídicas instrumentais ou de segunda ordem, com o objetivo de assegurar a situação jurídica principal, cuja produção (aquisição) se encontra pendente (SOUZA, 2015, p. 24).

As situações jurídicas subjetivas, portanto, são efeitos de um fato, voluntário ou natural, juridicamente relevante, cujo interesse, essencial à sua existência, constitui um núcleo vital e característico, visando dar forma conceitual a comportamentos e, na maior parte dos casos, se constitui de forma complexa, composta por deveres, poderes e ônus (PERLINGIERI, 2002, p. 106-107).

As situações jurídicas subjetivas podem se situar em duas categorias: patrimonial e não patrimonial, dentro da qual se situam as situações jurídicas existenciais.

Para realizar a distinção de cada categoria, tomar-se-ão as lições de Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 22) que adota dois perfis da situação jurídica: do interesse (o que é) e funcional (para que serve).

O primeiro corresponde à análise do interesse que se funda a situação jurídica, o qual pode ser patrimonial e/ou pessoal/existencial, cujo reflexo é sua classificação em patrimonial e não patrimonial, ou misto. A patrimonialidade<sup>63</sup> é identificada quando suscetível de avaliação pecuniária, ou seja, pode ser expressa

---

<sup>63</sup> Há duas correntes que definem a patrimonialidade. Pela teoria subjetiva, a caracterização fica a cargo da vontade das partes no caso concreto. Neste trabalho acolhe-se a teoria objetiva para a qual “A caracterização da patrimonialidade da prestação independe da subjetiva apreciação das partes e deve-se ter em consideração o ambiente jurídico-social, além do momento histórico no qual a relação jurídica se realiza. Uma dada situação que se julgue não patrimonial em determinado momento histórico-social pode tornar-se patrimonial em outro” (MEIRELES, 2009, p. 2-28).

em dinheiro no momento<sup>64</sup> da formação da relação jurídica e pode ser exigida, pois é o patrimônio do devedor que garante o pagamento. As situações jurídicas subjetivas não patrimoniais, ou seja, aquelas que não são suscetíveis de valoração pecuniária originariamente, subdividem-se em: situações jurídicas existenciais, cujos interesses representam o valor da personalidade, e as não patrimoniais *strictu sensu*, que abarca as demais hipóteses e geralmente correspondem a deveres instrumentais e estão a serviço das patrimoniais, como é o caso dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva (MEIRELES, 2009, p. 23-34).

José de Oliveira Ascensão (2002, p. 21) distingue e crítica os qualificativos, por ele, usados equivocadamente<sup>65</sup> e define as situações jurídicas pessoais como “aquelas em que há um prevalente aspecto ético, e as patrimoniais aquelas cuja essência é compatível com a redução a um valor pecuniário”, e destaca que a distinção não pode se bastar nas categorias abstratas de direitos, pois um direito patrimonial, como direito de crédito, no caso concreto, pode se revestir de situação jurídica pessoal, quando envolver, por exemplo, alimentos entre familiares.

Traçadas as iniciais diferenças entre ambas, para o resultado do trabalho é relevante perfilar mais profundamente nas situações jurídicas existenciais, dentre as quais se encontram os inúmeros efeitos jurídicos decorrentes de fatos praticados no exercício da autodeterminação, objeto central deste estudo.

Nas situações existenciais, a pessoa assume o papel de titular dos vínculos estabelecidos, como também é o próprio interesse, o qual não reduz o ser a nível das coisas, mas a ela é atribuído valor, fundados nos atributos inerentes ao ser humano e irradiados através da personalidade, digno de tutela privilegiada (MEIRELES, 2009, p. 36).

Pietro Perlingieri (2002, 156) advoga na personalidade não como um direito, mas como valor fundamental do ordenamento jurídico que está na base de uma série aberta de situações jurídicas existenciais, localizada não na categoria do “ter”, mas na categoria do “ser”, em que:

---

<sup>64</sup> Em nenhuma hipótese, da patrimonialidade ou não, deve ser identificada a natureza da situação com base na fase patológica, mas sim na sua formação (MEIRELES, 2009, p. 25).

<sup>65</sup> A classificação criticada pelo autor é a que diferencia a situação jurídica patrimonial por ser transmissível, não pessoal, suscetível de avaliação pecuniária e que integram o patrimônio, ao passo que a situação jurídica pessoal é intransferível, não patrimonial, obrigacional e estreitamente ligada à personalidade. Para melhor compreensão, sugere-se a leitura da obra ASCENSÃO, José de Oliveira. Teoria geral do direito civil: acções e factos jurídicos. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

Não existe a dualidade entre o sujeito e o objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deva mudar, torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. (PERLINGIERI, 2002, p. 155).

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à própria pessoa e compõem o núcleo essencial da sua dignidade (LÔBO, 2009, p. 137), são aqueles direitos que, para Adriano de Cupis, “sem os quais a personalidade restaria em uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto; direitos desacompanhados dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de chegar-se a dizer que, se esses não existissem, a pessoa não seria a mesma” (DE CUPIS, 2008, p. 24).

Dada a ínsita relação entre as situações existenciais com os direitos e interesses personalidade como forma de promoção e desenvolvimento da pessoa humana, cuja existencialidade é infinita e se projeta das mais variadas formas, a delimitação da tutela jurídica deve ser a mais ampla possível a fim de conferir solidez ao próprio ordenamento jurídico, como amparo à dignidade do homem.

Nesta linha de raciocínio, a teoria compatível com a ordem jurídica e social atual é a que reconhece a existência de uma série aberta de direitos da personalidade, ou seja, que admitem sua atipicidade, extraíndo-os da cláusula geral de tutela da pessoa humana, prevista no art. 2º da Constituição Federal, cuja norma é diretamente aplicável (PERLINGIERI, 2002, p.154-155).

Trocando em miúdos: considerando a multiplicidade de situações a que se expõe a pessoa humana na (pós) modernidade, somente com o reconhecimento de uma cláusula geral de proteção (CF, art. 1º, III), de conteúdo princípio lógico, a ser preenchido no caso concreto pela jurisprudência, auxiliada pela doutrina, é que se pode garantir, eficazmente, a tutela da pessoa humana, impedindo violações das mais variadas naturezas ao ser humano (ROSENVALD; CHAVES, 2015, p. 173).

Aos direitos da personalidade regulados especificamente através dos artigos 11 a 21 do Código Civil, devem conjugar outros extraídos do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que, essa “operação hermenêutica de reenvio

ao princípio assegura a plena aplicabilidade dos direitos da personalidade” (LÔBO, 2009, p. 145).

A tutela da personalidade não pode ser restringida aos casos tipificados, como também não pode ser seu conteúdo limitado pela forma do artigo 2º do Código Civil, mais próxima da já superada da noção de sujeito, mas sim do conceito de pessoa, ela é em si, não apenas tem para si titularidades. “O ser alcança patamar central nos valores constitucionais. Consequentemente, as categorias do ser não podem permanecer marginalizadas, como outrora. Ganham, inclusive, espaço privilegiado” (MEIRELES, 2009, p. 16).

Desta forma, através do perfil do interesse, a situação jurídica subjetiva existencial, para a qual se direciona a pesquisa, pode ser definida como aquelas cujo interesse se funda direito geral da personalidade, cuja base normativa é o princípio da dignidade da pessoa humana.

O perfil funcional busca a resposta para que serve, qual a finalidade do instituto em dado ordenamento jurídico, de forma que está intimamente ligada aos seus valores fundamentais. Esta função é primordial para o reconhecimento do merecimento de tutela (MEIRELES, 2009, p. 37).

É certo que, com a ordem jurídica esculpida pela Constituição Federal de 1988, todos os institutos devem respeitar uma função, sendo reconhecida a função social da propriedade, dos contratos e até da família, e como não poderia deixar de ser, por ter a dignidade da pessoa humana sido elevada à valor fundamental, há necessidade de funcionalizá-la.

Assim, tanto as situações patrimoniais como as não patrimoniais são instrumentos de proteção do desenvolvimento da pessoa humana, o que as distingue é que nas patrimoniais, essa funcionalização é mediata e nas existenciais é imediata, e, portanto, alcançam o topo da hierarquia valorativa constitucional, prevalecendo sobre àquelas quando identificado conflito, a fim de preservar o valor máximo da dignidade da pessoa humana e da tutela da personalidade (MEIRELES, 2009, p. 39).

As situações subjetivas existenciais são a própria função social e não a simplesmente possuem, não há linha divisória entre o interesse individual e o social, pois promove o desenvolvimento da personalidade, que corresponde ao principal interesse social do ordenamento jurídico brasileiro, que é a dignidade da pessoa humana (MEIRELES, 2009, p. 44-45). Nelas, “os efeitos diretos e essenciais incidem

sobre a personalidade do titular” (MEIRELES, 2009, p. 42), que justifica o consenso de que as situações existenciais não “têm” função social, elas “são” função social (FEMIA; PERLINGIERI, *apud* MEIRELES, 2009, p. 43)<sup>66</sup>.

A distinção entre situação jurídica patrimonial e a situação jurídica existencial, na qual se localizam as situações imersas pelo Biodireito, traz implicações relevantes na regulamentação dos interesses qualificados como uma ou outra.

A situação jurídica patrimonial, pela sua própria natureza, encontra maior base normativa que lhe sustenta, tendo em vista o próprio aspecto da patrimonialidade que, durante anos teve a ela voltada todo o olhar da ordem jurídica e, ainda hoje, com todo o processo de constitucionalização do direito privado, que elevou o homem ao centro da tutela, mantém-se, como obviamente não poderia deixar de ser, farta base normativa, e também doutrinária e jurisprudencial, correspondente.

Assim, ainda que novos casos atípicos, sem o respectivo direito objetivo, busquem tutela jurídica, há toda uma teoria geral, com viés patrimonialista, que os acolhe e lhe dão sustentação.

O mesmo não acontece com as situações jurídicas existenciais. Por mais que se busque socorro jurídico nos institutos de direito, os quais, como dito acima, foram criados visando interesses patrimoniais, a natureza existencial impõe releituras a fim de adequá-los à nova temática.

Neste trabalho não se pretende esgotar as distintas regulamentações entre as duas categorias de situação jurídica, cuja pretensão demandaria trabalho próprio, mas, avaliar a regulação do exercício da autonomia existencial, o qual se dá através dos negócios jurídicos existenciais, gênero do qual é espécie o negócio biojurídico.

O próximo item, portanto, se presta a delinear os negócios jurídicos existenciais e os negócios biojurídicos, para, na sequência, adentrar às fronteiras da temática deste estudo e iniciar a análise, especificamente, da autonomia até culminar na averiguação dos limites da autodeterminação biojurídica, conceito a ser construído adiante.

---

<sup>66</sup> Nas situações existenciais a função de atendimento e promoção da personalidade é imediata, porque o interesse recai sobre a própria pessoa e o efeito primário não é de natureza patrimonial; enquanto que nas situações patrimoniais é apenas mediata, porque o interesse recai sobre o patrimônio e, assim, há efeito sobre ele (MEIRELES, 2009, p. 86).

### 3.3.2 Negócios Jurídicos Existenciais e Negócios Biojurídicos

As relações intersubjetivas se modificaram, tanto pela natureza do seu objetivo, como pela complexidade. O negócio jurídico, sob a ótica da vertente clássica, já não é capaz de abraçar toda a demanda fática e sua releitura é condição de sobrevivência, havendo quem defenda sua falência enquanto instrumento de autonomia privada, pois teria perdido espaço para um de seus signos, o contrato.

Sendo o negócio jurídico uma categoria histórica e lógica, foi válida e útil enquanto vigentes as condições que a determinaram. Mudadas as condições e destituído o conceito de sua função ideológica, não se justifica a sua manutenção. O que permanece em pleno vigor, como causa dinâmica jurídica, é o ato jurídico como gênero, e, como categoria específica de crescente importância, o contrato. (AMARAL, 2014, p. 368-369).

Em que pese a crítica, a qual não será abordada em virtude da adoção da teoria de que é possível adequar aos negócios jurídicos às necessidades contemporâneas, defendida, dentre outros, por Rose Mello Vencelau Meireles, que “por coerência, pode-se afirmar que as situações subjetivas existenciais que surgem a partir de ato voluntário, com o intuito criativo, modificativo ou extintivo, têm como substrato fático o negócio jurídico.” (MEIRELES, 2009, p. 123).

No entanto, como se verá mais adiante especificamente em relação à autonomia privada, centro desta pesquisa, o regramento geral previsto para os negócios jurídicos tracionais, com viés patrimonial, devem ser adequados e relidos para tutela dos interesses existenciais.

Neste ponto, é relevante estabelecer a diferença entre os negócios jurídicos existenciais dos negócios jurídicos patrimoniais.

Tereza Negreiros (2006, p. 344) parte dos reflexos da dignidade da pessoa humana no direito privado, que elevou e centralizou as necessidades humanas em patamar a ser considerado e relevado pela ordem jurídica e sugere o “paradigma da essencialidade”, o qual adota o objeto como medida de utilidade do contrato, através do qual busca-se afastar a subjetividade na avaliação das necessidades básicas dos indivíduos, atribuindo critério objetivo de definir os contratos existenciais e estabelecer seu regime jurídico.

A explicitação do referido paradigma da essencialidade permite, pois, uma maior previsibilidade e uma maior clareza na atuação jurisprudencial que, a partir do modelo assim proposto, ganhará maior consistência, sem contudo se privar de uma certa flexibilidade indispensável à apreciação casuística das reais necessidades em jogo. (NEGREIROS, 2006, p. 345).

Para a autora, ao traçar um paralelo entre bens e o objeto do contrato, considera que a destinação do bem objeto do contrato deve ser considerada para fins de determinação do poder negocial dos contratantes e os estabelece como premissa de classificação, de forma que quando envolver bens essenciais o contrato será existencial e, quando supérfluo, revestir-se de patrimonialidade (NEGREIROS, 2006, p. 463).

Ao seguir a construção mencionada pela autora, “os contratos existenciais teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição da República” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p 101).

No entanto, perfilhando da situação jurídica, a distinção apresentada não é suficiente, eis que com raízes no modelo negocial envolvendo sujeitos de direito e objeto. Como já destacado item 3.3.1, as relações jurídicas contemporâneas envolvem centros de interesses, compostos por ônus, faculdades, direitos subjetivos, interesses juridicamente relevantes, etc.

Partindo-se dos itens 3.3.1 como premissa, constrói-se o conceito atual dos negócios jurídicos não mais fundado na relação jurídica clássica, mas amparado em situações jurídicas, que, ao invés de sujeitos, há centros de interesses, e, quando qualificados como existenciais, originam os negócios jurídicos existenciais (LEDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 13).

Nesses negócios jurídicos existenciais, além da pessoa ser titular do centro de interesse, figura lado a lado com o objeto, que se encontram entrelaçados. O indivíduo se vê no exercício de subjetividades, nas quais se incluem os direitos subjetivos, poderes, interesses legítimos e potestades, em relação a si próprio (PONA, 2015, p. 192).

Os negócios jurídicos existenciais, portanto, se afastam das características da patrimonialidade, inerente à teoria clássica dos negócios jurídicos, e busca a tutela da pessoa enquanto realizadora e edificadora do seu ser, fundado

sobremaneira nos direitos da personalidade. Trata-se de negócio jurídico envolvendo situações jurídicas existenciais.

Ao caminhar em direção aos avanços biotecnológicos, que justifica o nascimento do Biodireito, é possível classificar os negócios existenciais em categoria ainda mais específica: os negócios biojurídicos. Termo utilizado por Rose Melo Vencelau Meireles<sup>67</sup> para representar o exercício de autonomia privada cujos efeitos modificativos, extintivos e constitutivos tem reflexo no próprio corpo, e, assim como os negócios em geral, podem se classificar em unilaterais ou bilaterais, onerosos ou gratuitos, *inter vivos* ou *mortis causa*, desde que, também, cumpra a função de aplicação dos valores constitucionais, sobretudo da dignidade humana e solidariedade, na hipótese concreta (MEIRELES, 2016, p. 115).

Nesse contexto, não é possível afastar o interprete de valores como a dignidade da pessoa humana, dos interesses voltados à própria essencialidade humana, pois o campo de disposição e de liberdade individual, ao mesmo tempo que avança faticamente em virtude das possibilidades biomédicas e biotecnológicas, implica na tutela dos interesses, tão sensíveis à própria humanidade, que emerge a intervenção do Estado nessas relações.

Os negócios jurídicos, portanto, devem buscar o equilíbrio entre a liberdade e a intervenção estatal, a fim de proteger a parte mais vulnerável, desde que identificada esta vulnerabilidade, ou seja, quando demonstrada a essencialidade da participação estatal (LEDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 19), e mais, diante das relações intersubjetivas emergidas das possibilidades médicas de alteração do fluxo natural desde o nascimento até o fim da vida humana, o equilíbrio deve-se pautar no cuidado entre a autodeterminação, cuja dimensão e conceituação será abordada em item próprio, e a intervenção estatal.

Desta forma, a categoria dos negócios jurídicos, relida para absorver os negócios jurídicos existenciais, incluindo os negócios biojurídicos, permanece válida. No entanto, por acolher direitos e interesses extrapatrimoniais, muitas vezes existenciais, demanda reestruturação também em relação aos seus regramentos para

---

<sup>67</sup> A biotecnologia está no cerne dessa questão, na medida em que possibilita a escolha sobre aspectos do próprio corpo que podem promover efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos. Nesses casos, conforme antes mencionado, a autonomia privada ganha a forma de negócio jurídico. Como têm por referencial objetivo aspectos da saúde e do corpo do declarante, foram aqui chamados de biojurídicos (MEIRELES, 2016, p. 115).

que confira tutela eficaz, verdadeiramente promotora da dignidade da pessoa humana.

## 4 AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS EXISTENCIAIS

A liberdade individual remonta partes de conteúdos essenciais do indivíduo. O ordenamento jurídico, ao reconhecer a cláusula geral de tutela da personalidade, fundada na dignidade da pessoa humana, eleva a autonomia do ser como condição de realização da dignidade da pessoa humana.

Este capítulo visa conduzir a pesquisa à sua conclusão. Para tanto, dará sequência à definição da autodeterminação, a partir da distinção entre autonomia privada em situações patrimoniais e existenciais como construção da identidade desta. A seguir, será delineada a fórmula geral, que servirá como filtro da autodeterminação biojurídica a fim de estabelecer seus contornos e apresentar uma solução objetiva e com maior segurança aos casos concretos, como substrato tendente a conferir decisões mais uniformes, ainda que inseridas na subjetividade do julgador.

### 4.1 DA AUTONOMIA PRIVADA À AUTODETERMINAÇÃO: DELINEANDO CONCEITO DA AUTODETERMINAÇÃO BIOJURÍDICA

A autonomia do indivíduo foi consagrada pela ordem jurídica como exercício de disposição, pela livre manifestação de vontade do indivíduo, nas suas relações intersubjetivas cujo objetivo era eminentemente a circulação de riquezas. Das releituras do direito privado já mencionadas no item 3.2, a autonomia sofreu os reflexos da incidência das disposições constitucionais e caminhou da autonomia da vontade para a autonomia privada, porém, ainda marcada pela característica patrimonialista. Nos dias atuais, cada vez mais se notam atos de disposição buscando, não o acúmulo de bens ou finalidades patrimoniais, mas sim a realização da pessoa na busca de atingir sua plena existencialidade, fala-se hoje em autonomia existencial ou autodeterminação.

Este item se propõe a definir a autodeterminação ou autonomia existencial, bem como traçar as diferenças com a autonomia patrimonial. Na sequência, direcionar o estudo para a autodeterminação biojurídica e, por fim, comprovar a hipótese da dignidade da pessoa humana como limitadora desta esfera de liberdade, que será demonstrado através da utilização de seu conteúdo mínimo

como solucionador de conflito envolvendo o direito de liberdade e outros direitos fundamentais.

Com a consagração da dignidade da pessoa humana pelas ordens jurídicas interna e internacional, a existencialidade humana passou a ser objeto de tutela. Inicialmente, a tutela era conferida unicamente no estágio patológico da situação, ou seja, em caso de violação ao valor da personalidade que culminava, como ainda culmina, ao titular, o exercício do direito de reparação de danos eventualmente sofridos e ordem de cessação da ameaça ou lesão. Contudo, essa tutela, qualificada como negativa, se mostrou insuficiente para proteção integral da pessoa humana. Para assegurar o desenvolvimento pleno do indivíduo, mostraram-se necessárias tutelas positivas que vão desde implementações públicas do Estado, até a sua consagração na autonomia privada (MEIRELES, 2009, p. 56-60).

No trilho da busca de concreção do ser do Direito Privado e diante das várias atrocidades humanas ocorridas especialmente pelos regimes nazistas, identificou-se que “não existe liberdade em abstrato, toda autonomia é construída a partir da sociedade dentro da qual o sujeito constrói a sua própria identidade, na constante convivência com o outro”, é necessário considerar as particularidades dos indivíduos, suas vulnerabilidades a fim de conferir o exercício pleno da sua liberdade (TEIXEIRA; KONDER, 2010, p. 3).

A autonomia privada, como instrumento de realização da dignidade da pessoa humana e na construção do indivíduo, deve se fundar no ser concreto e não numa abstração, que, tal como já ocorrido com a igualdade, deve superar os limites da formalidade e ingressar na substancialidade. É através do exercício da sua liberdade que a pessoa edifica o conceito de vida boa, seja com viés patrimonial, nas suas relações intersubjetivas que busca a circulação de bens e riquezas, satisfazendo seus desejos patrimoniais; seja na busca de sua própria existencialidade.

Especificamente sob o viés da existencialidade, para o qual o trabalho é direcionado e tem seu fim, Rose Mello Vencelau Meireles (2009, p. 60), reconhece que é a autonomia privada que confere a tutela positiva, no âmbito privado, às situações existenciais, que passa a receber o nome de autodeterminação. “Por intermédio dela, a pessoa, para garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade poderia se autodeterminar, ou seja, criar, modificar e extinguir situações subjetivas, conforme fosse o efeito mais adequado para tutela da pessoa”.

Considerando que o enfoque do presente estudo é justamente a autonomia privada nas situações existenciais tuteladas pelo biodireito, aqui denominadas de autodeterminação biojurídica, com enfoque nos atos de disposição do próprio corpo<sup>68</sup> e tutela da integridade psicofísica, serão destacadas as distinções desta esfera da liberdade entre as situações jurídicas existenciais das patrimoniais, para, ao final traçar as principais características daquelas.

A distinção é necessária tendo em vista que se tratam de exercícios completamente distintos, cujos objetivos são sensivelmente diferentes e visam a realização de fins opostos. Pietro Perlingieri ao escrever sobre a autonomia nas situações subjetivas existenciais, destaca que:

O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação de liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo de lucro possível: a intuitiva diferença entre a venda de mercadorias – seja ou não especulação profissional – e o consentimento de um transplante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição. A prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental (PERLINGIERI, 2002, p. 276).

Por se tratar de tema ainda não normatizado, a distinção de regramento jurídico deve ser traçada e identificada a melhor regulação da autonomia existencial ou autodeterminação.

Tomará como ponto de partida o fundamento constitucional da autonomia privada patrimonial e da autonomia privada existencial, permeará pela norma contida no artigo 11 do Código Civil,<sup>69</sup> da qual extrai a aparente indisponibilidade dos direitos da personalidade (BRASIL, 2002). Após diagnosticada

---

<sup>68</sup> Os atos de disposição do próprio corpo serão analisados neste trabalhando sob a premissa de que as partes destacadas consistem na extensão daquele conceito, e, com a finalidade de não desviar o objeto da pesquisa, não serão aprofundadas as respectivas particularidades. A importância desta proteção jurídica é extraída do fato de que, “encaradas pelo direito civil tradicional como *res derelicta* (coisa abandonada), as partes destacadas do corpo recebiam pouquíssima atenção dos juristas até assumirem, repentinamente, uma extraordinária importância prática. Com o advento dos exames de DNA, a saliva, o sangue e outras partículas corporais passaram permitir a identificação do código genético da pessoa humana, dando acesso à sua intimidade mais profunda. Em muitos países, tem-se chegado a sustentar a extensão do conceito de corpo humano para assegurar sua plena proteção” (SCHREIBER, 2013, p. 41, grifo do autor).

<sup>69</sup>Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

sua relatividade, conduzirá à análise dos princípios comuns aos atos de autonomia existencial, que pregam a gratuidade, necessidade de consentimento qualificado, valoração da vontade subjetiva e não objetiva, impossibilidade de representação, a revogabilidade e incoercibilidade do titular e, por fim, o princípio da autorresponsabilidade (MEIRELES, 2009).

Passa-se à análise não exauriente de cada item, cujo objetivo é estabelecer parâmetros para identificar em até que ponto a teoria geral aplicável à autonomia patrimonial abrange a existencial, para, ao final deste estudo, estabelecer os contornos da autonomia existencial.

O primeiro ponto de divergência identificado, e que sustentará todos os demais, é que, embora tenham como denominador comum a funcionalização de interesses que merecem tutela e que são socialmente úteis, cumprindo a exigência de não contrastar com a segurança, a liberdade e a dignidade humana, o fundamento constitucional é distinto. Enquanto a autonomia patrimonial se funda na livre iniciativa privada, a autonomia existencial se funda na cláusula geral de tutela da pessoa humana, prevista no art. 2, da Constituição Federal (PERLINGIERI, 2002, p. 19).

Pela autonomia existencial se fundar na dignidade e funcionalizar o desenvolvimento da pessoa humana, implica reconhecer que o ato de disposição, necessariamente, tem como objeto a própria personalidade, o que, numa leitura positivista da norma insculpida no art. 11 do Código Civil, haveria óbice no exercício dessa autonomia, pois prevê a intransmissibilidade, irrenunciabilidade e impossibilidade do seu exercício sofrer limitação voluntária.

De fato, as situações jurídicas existenciais são marcadas pela intransmissibilidade e pela irrenunciabilidade<sup>70</sup>, pois se encontram na categoria do ser, em que a titularidade e o objeto de tutela é indissociável. Pelo mesmo fundamento, a irrenunciabilidade não se conforma com a natureza da existencialidade (MEIRELES, 2009, p. 179). Não se pode acolher o esvaziamento da personalidade em prol da dignidade humana, é antagônico.

Os direitos da personalidade são manifestações essenciais da condição humana, não podem ser transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos,

---

<sup>70</sup> O termo renúncia é entendido como a abdicação, que promove o efeito extintivo (MEIRELES, 2009, p. 178).

quer em virtude da morte do seu titular e nem admite a renúncia. Contudo, visando fortalecer a tutela da personalidade, o artigo 12 do Código Civil confere legitimidade extraordinária para a defesa desses interesses aos herdeiros, não como forma de transmissão, mas como meio de garantir que a tutela da personalidade humana não se esvazie em virtude da morte e da impossibilidade fática de seu titular em adotar medidas necessárias a inibir, interromper ou remediar a violação. Os direitos da personalidade projetam-se para além da vida do seu titular e produzem efeitos no meio social, e portanto, devem ser resguardados através de seus herdeiros. (SCHREIBER, 2013, p. 24).

Porém,

Os direitos da personalidade não são deveres da pessoa, como parte da doutrina concebe, mas liberdade de viver, de forma autônoma, os aspectos mais íntimos, mais próprios, mais personalíssimos de sua vida, podendo, inclusive, utilizar-se do negócio jurídico para obter a satisfação de seus interesses. (BORGES, 2016, p. 96).

O óbice imposto pela norma civil para os atos de disposição<sup>71</sup> do próprio corpo deve ser relativizado para reconhecer a autolimitação dos direitos da personalidade, pois as exceções previstas em lei são superficiais, incompletas, delineadas com critérios rígidos, fechados e estáticos que não abraçam a realidade (MEIRELES, 2009, p. 185)<sup>72</sup>. A esses fatos, acrescenta-se que a autonomia privada, que respalda a liberdade, é conteúdo da dignidade da pessoa humana, de forma que negar seu exercício é infringir o seu próprio desenvolvimento enquanto pessoa humana.

O dispositivo legal deve ser, portanto, interpretado conforme a constituição, ampliando as hipóteses de disposição desde que observada a sua função<sup>73</sup>.

Ademais, é importante esclarecer que o que se pretende não é a relativização da norma a fim de conferir a disposição da titularidade do direito da personalidade, mas garantir que seu titular tenha assegurada a autonomia em relação

---

<sup>71</sup> Disposição não significa abdicar totalmente da situação existencial, mas restringir seu exercício (MEIRELES, 2009, p. 182).

<sup>72</sup> Para aprofundamento das hipóteses excepcionais previstas em lei, sugere-se a leitura de MEIRELES, 2009, p. 84.

<sup>73</sup> A função da autonomia privada é o desenvolvimento da pessoa humana.

ao seu exercício.

O direito de personalidade, em si, não é disponível *strictu sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. [...] Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do ato. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade pode, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação também é relativa. (BORGES, 2016, p. 97, grifo do autor).

Como já destacado, os atos de disposição nas situações jurídicas existenciais somente são tutelados quando funcionalizadores da dignidade da pessoa humana. Desta forma, é possível extrair características que relativizam a limitação voluntária introduzida no artigo 11 do Código Civil, que ao mesmo tempo que confere a possibilidade de dispor do corpo ou partes dele, já que impõe condições formais que limitam essa liberdade.

Anderson Schreiber (2013, p. 27-28) reconhece a dificuldade prática apresentada ao limitar os atos de disposição dos direitos da personalidade, e, como forma de evitar a configuração da renúncia desses direitos, demonstra a necessidade de examinar sua duração e alcance e refutar qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente.

O autor vislumbra também como critério de análise a intensidade do ato de disposição, ou seja, o grau de restrição que impõe ao exercício dos direitos da personalidade que visa evitar a instrumentalização e humilhação do indivíduo (SCHREIBAR, 2013, p. 28).

Rose Melo Vencelau Meireles (2009) aborda amplamente as características dos liberdade de disposição dos direitos da personalidade, envolve substancialmente os atos de disposição do próprio corpo e traça características que, além das mencionadas por Anderson Schreiber (2013), conferem critério formal específico para análise das limitações da autodeterminação.

A primeira delas é a gratuidade, ou seja, a não mercantilização da pessoa, a qual é conferida pela própria dignidade humana e limita a atuação “ao desenvolvimento da própria personalidade ou fins altruísticos, se o ato visa a beneficiar outrem”, pois a onerosidade poderia motivar o exercício da autonomia visando proveitos econômicos e não realizadores da personalidade (MEIRELES,

2009, p. 205-208).

A gratuidade nos atos de disposições<sup>74</sup>, encontra-se normatizada pelo artigo 14 do Código Civil<sup>75</sup>, cuja referência é nos atos de disposição do próprio corpo.

O presente estudo se direciona ao direito à integridade psicofísica. Sob tal aspecto, a ordem jurídica interna é amparada, além na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e qualifica o corpo como valor não suscetível de apropriação econômica, de forma que a tutela da respectiva disposição decorre da intenção altruística, de caridade e solidariedade, quando não for para o desenvolvimento da própria personalidade.

Maria Celina Bodin de Moraes e Thamis Delsenter Viveiros de Castro (2014, p. 809) afirmam a “impossibilidade de, ainda que o sujeito seja capaz para realizar os atos da vida civil, investir o corpo de uma dimensão mercantilizada ou, em outras palavras, ainda que o querer seja juridicamente válido, não poderá o sujeito tratá-lo como coisa, como algo que tem preço”.

A inerência da gratuidade das situações jurídicas existenciais de disposição do próprio corpo, traça caminhos distintos do exercício da autonomia patrimonial. Enquanto neste o foco principal, geralmente, é a circulação de bens e riquezas, naquela há vedação de estabelecimento de qualquer contraprestação, afinal, eventual onerosidade em atos de disposição do próprio corpo, poderia desvirtuar a finalidade edificadora do ser e a busca da sua realização existencial e imbuir o sujeito, na ânsia ou necessidade de arrecadar riquezas, na desconstrução física da sua pessoa, o que seria, obviamente, totalmente contrário ao valor da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto que demonstra que a autonomia privada patrimonial e existencial se encontram em órbitas distintas é a necessidade, nesta, de que o titular da situação jurídica manifeste consentimento qualificado, assim entendido o expresso, espontâneo, pessoal, atual e esclarecido, do qual exsurge como consequência a pessoalidade da manifestação de vontade, a revogabilidade e a superação da vontade

---

<sup>74</sup> É sabido que há parcela do direito da personalidade que permite a disposição onerosa, sem que se flagre violação à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à imagem e ao nome, constantemente objeto de negociação lucrativa, contudo, por destacar atos envolvidos pelo Biodireito, especialmente atos de disposição do próprio corpo e com reflexos diretos sobre a vida da pessoa, na busca da construção da sua existencialidade, não será abordado o viés pecuniário no exercício da autonomia privada nos direitos da personalidade.

<sup>75</sup>Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

interna à vontade declarada, na contramão da tendência contemporânea de adoção da teoria objetiva nas situações patrimoniais (MEIRELES, 2009, p. 216).

Pietro Perlingiei (2002, p. 299) reforça as diferenças entre as disposições de um valor existencial das de uma situação patrimonial justamente na exigência de “1) O consentimento não pode ser presumido, mas deve ser efetivo e pessoal, espontâneo e consciente. 2) Co-natural às situações existenciais, consequentemente irrenunciáveis, é o *iuspoenitendi* como expressão de uma revogabilidade sem limites”.

Conclui-se, portanto, que a manifestação de vontade no exercício da autonomia existencial deve ser: a) esclarecido e informado; b) expresso; c) espontâneo; d) pessoal; e) atual.

Conforme já mencionado no item 2.3.2 para o efetivo exercício da liberdade, o sujeito deve ter condições de manifestar sua vontade real. Para que a vontade seja a verdadeiramente desejada, o sujeito precisa conhecer todos os fatores que tenham influência no seu desejo, como causas, opções alternativas, consequências, *modus operandi*, enfim, conforme for a situação concreta, seu conhecimento deve ser amplo e irrestrito a fim de poder manifestar sua vontade com consciência.

Trata-se da visão compartilhada pelo mínimo existencial como condição para o exercício da autonomia, pois são informações mínimas e essenciais para que a formação da vontade e do desejo seja pura.

Além da necessidade de informação plena, é preciso que a sua manifestação se dê de forma expressa e espontânea. O objeto da decisão é tão sensível que não se pode reservar ao silêncio a sua destinação, mais passível de causar dúvidas, nem tampouco se pode admitir qualquer outra finalidade que não seja a existencial.

Eis o detalhe crucial: a vontade individual, por si só, não é um valor. Trata-se de um vetor vazio. Ao jurista compete verificar a que interesses a vontade atende em cada situação concreta. A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade.

É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento da sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio “fundamento da liberdade”, o exercício

dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa. (SCHREIBER, 2013, p. 27).

Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p. 809) menciona a necessidade de capacidade para o exercício da autodeterminação, a fim de que possa assimilar e avaliar as informações necessárias para a manifestação de vontade. Essa capacidade de discernimento é que autoriza a manifestação e a autodeterminação do ser e destaca que a análise da capacidade da autodeterminação não deve se conter as normas de capacidade civil previstas pelo Código Civil, mas ir além e, ainda que haja manifestação de vontade aparentemente válida, esta deve ser afastada em prol de uma ação verdadeiramente existencial.

A autora cita como exemplo a já abordada gratuidade que deve envolver os atos de disposição do próprio corpo, pois, ainda que haja uma manifestação de vontade de agente capaz pelas normas civis, havendo disposição onerosa, essa vontade não se encontra lúdica, pois o objetivo primordial deixa de ser a existencialidade humana.

Outra característica é a pessoalidade da manifestação e tem os mesmos fundamentos da impossibilidade de transmissão já analisado. A regra é de que somente a própria pessoa pode dispor de seu corpo, seja enquanto vivo, seja após a sua morte, ou até mesmo antes de nascer.

Neste sentido, sem desejar aprofundar no tema, mas introduzi-lo apenas a título informativo e por não poder ser completamente ignorado, é o conflito normativo entre os artigos 14 do Código Civil, que define a titularidade exclusivamente à pessoa que irá dispor do corpo, parte dele ou tecidos, em vida ou *post mortem*, e do art. 4da Lei Federal n. 9.434 de 04 de fevereiro de 1997<sup>76</sup>, que dispõe sobre remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e

---

<sup>76</sup>Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

outorga a decisão à família do falecido.

Na busca de esclarecimento à questão, a IV Jornada de Direito Civil aprovou o enunciado n. 277 que definiu que:

O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4 da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador (BRASIL, 2006).

Como se observa, a orientação é de que prevalece a decisão pessoal contida no artigo 14 do Código Civil, porém, a abordagem verticalizada do tema demandaria trabalho próprio, reiterando que, somente foi trazido à lume pois tamanha discussão não pôde passar despercebida, porém, não guarda relevância com a problemática deste estudo.

Outra característica é a atualidade do consentimento, que, para assim se manter, pressupõe outros três regramentos como inerentes ao exercício da autodeterminação.

O primeiro deles é a revogabilidade da decisão, pois, na contramão do princípio da obrigatoriedade nas situações patrimoniais, a revogabilidade nas situações existenciais decorre da exigência de consentimento qualificado e de que qualquer ato de disposição, deve, necessariamente, acontecer pela vontade do seu titular. A titularidade não pode ser transferida e também não se pode agir contra a sua vontade. Como consequência lógica, não havendo mais o elemento vontade, o ato de disposição pode ser revogado até o momento em que já não seja possível, materialmente, voltar atrás (MEIRELES, 2009, p. 246).

Ao seguir por uma ordem lógica, pelo fato da revogação ser tutelada e garantida pela ordem jurídica, não é possível falar em coercibilidade ou execução forçada dos atos de disposição, pois “a coercibilidade implica na possibilidade material e jurídica de se obter prestação igual ou equivalente àquela a que o sujeito se obrigou na relação”, incompatível com as situações existenciais, dada sua natureza personalíssima, a qual pode se resolver em perdas e danos, amparada na tutela da confiança, que, com base no caso concreto, desde que o valor não corresponda à punição pela revogação (MEIRELES, 2009, p. 253-264).

A revogabilidade da decisão é fortemente reconhecida, no entanto, é preciso distingui-la do direito ao arrependimento, o qual é materialmente incompatível com a própria natureza do objeto de disposição. Os casos envolvendo o Biodireito são marcados pela impossibilidade física e material de retornar ao *status quo ante*, por exemplo, uma fertilização in vitro bem sucedida não admite uma mudança de decisão, pois a ordem jurídica não acolhe a hipótese do aborto; da mesma forma, a implantação de embrião selecionado geneticamente, não viabiliza a sua substituição; e um órgão doado, após concluída a transferência, é ilógico que se acolha a sua devolução.

Assim sendo, a revogabilidade da vontade no exercício da autodeterminação tem como limite temporal a efetivação do procedimento, pois uma vez consolidado, não se admite o arrependimento.

Como terceira consequência lógica, e que modifica o alicerce de toda a regulamentação jurídica da autodeterminação é a supremacia da vontade subjetiva à objetiva, da qual emergirá reflexos em toda a estrutura da relação jurídica, desde a sua constituição até a sua interpretação, no entanto, ainda que tenha sido objeto de acalorados debates sob o viés da patrimonialidade, entende-se que:

As situações existenciais não estão sujeitas às objetivas exigências de mercado que muitas vezes geram a preterição da subjetividade da vontade. Assim, a vontade real do agente é a única hábil para promover efeitos dignos de tutela jurídica. A boa-fé e a confiança de outrem, ainda que beneficiário das disposições existenciais, não é suficiente para que seja desconsiderada a vontade interior do disponente. (MEIRELES, 2009, p. 220).

Em estudo anterior à obra acolhida como marco teórico desta reflexão, Rose Melo Vencelau Meireles (2006) analisou especificamente o papel da vontade das situações jurídicas existenciais, tema pouco enfrentado diretamente pela doutrina, e identificou pontos de conflito com o tratamento jurídico dispensado à vontade quando analisada sob as lentes da patrimonialidade.

O primeiro ponto de conflito identificado é justamente o tratamento unitário que o Código Civil dispensa às situações jurídicas, através da parte geral do código e que não distingue as situações patrimoniais e existenciais. A tutela da vontade na forma codificada está diretamente ligada à capacidade do agente, alicerçada na dicotomia da capacidade de direito e capacidade de fato, e, sob o viés da existencialidade os parâmetros fixados não suficientes (MEIRELES, 2006, p. 231-

233).

De todas as características extraídas das situações jurídicas existenciais, segmentar a capacidade de manifestação de vontade nos termos estabelecidos pelo Código Civil, principalmente pelo critério da idade, não se mostra compatível. Auferir a lisura da manifestação de vontade do agente numa situação existencial pela sua maioridade ou não, deixaria de vislumbrar a real intenção do ser e impediria que menores de idade tivessem oportunidade de tomar decisões compreendidas como edificadoras da sua personalidade.

As condições para manifestação de vontade nas situações patrimoniais visam atribuir garantias de lisura e de responsabilidade em relação à disposição patrimonial, principalmente voltada à proteção de terceiros. Nas situações existenciais, o que se tutela é o próprio indivíduo e a investigação da sua vontade se dá em virtude da necessidade de que os atos de disposição do próprio corpo ou que envolvam a integridade psicofísica seja realmente com a finalidade existencial, tutelada, protegida e permitida pela dignidade da pessoa humana.

A análise da vontade e da finalidade existencial de sua manifestação ganha relevância pois:

A experiência histórica [...] demonstra que, deixados inteiramente livres, os homens acabam por renunciar aos seus direitos mais essenciais, “concordando”, por força da necessidade, com situações intoleráveis. Não se trata de uma preocupação ultrapassada, como se pode verificar, a título meramente ilustrativo, dos inúmeros casos de venda de órgãos humanos que, mesmo sendo proibida por lei, ainda ocorre clandestinamente no Brasil e no exterior. Para atender às suas necessidades e de suas famílias, o ser humano é capaz de sacrifícios extremos. (SCHREIBER, 2013, p. 26, grifo do autor).

Não é possível reconhecer a tutela patrimonial nessas situações existenciais. O elemento psíquico se torna relevante para que se reconheça a tutela da dignidade da pessoa humana nessas situações, e, via de consequência, rejeite a ação humana que viole seus preceitos, como a disposição danosa de si mesmo.

Nas situações jurídicas existenciais não há compatibilidade com a regra de capacidade de direito. Primeiro, adotar a idade de 16 e 18 anos como marco de desenvolvimento intelectual nem sempre representa a realidade do sujeito. O desejo e a vontade do menor devem ser analisados no caso concreto e verificada a presença de condições reais de decisão e sua finalidade existencial. Não é a idade

que irá estabelecer o cumprimento desses parâmetros. Por exemplo, um menor com 17 anos, compatível com os pais e diante da necessidade de um deles em receber um rim ou outro órgão passível de doação, decide dispor do seu em prol de salvar-lhe a vida. A vontade, cuja finalidade é a existencialidade humana, se manifestada de forma clara, expressa, com condições de discernimento sobre riscos e consequências envolvidas, não deve ser rejeitada pelo Direito simplesmente pelo fator idade. Da mesma forma, um senhor, bem instruído, com total capacidade de discernimento, se vê em dificuldades financeiras e oferece no mercado negro a venda de um rim. Embora revestido das condições previstas pelo Código Civil, lhe falta a finalidade existencial, de forma que a sua manifestação não seria protegida e nem autorizada pela dignidade da pessoa humana.

Segunda incompatibilidade com a regra da capacidade de direito se deve ao fato de que, se acolhida, as decisões de menores de 18 anos serem marginalizadas. Os atos de disposição corporal são personalíssimos e não admitem representação, desta forma, nenhuma ação existencial seria conferida ao menor de 18 anos. Seria como concluir que somente maiores de 18 anos seriam plenamente dignos. A simples desconsideração pela idade se mostra uma afronta à dignidade da pessoa humana, a qual é conferida a todos, independentemente da idade.

Outro ponto de conflito identificado por Rose Melo Vencelau Meireles é a previsão normativa do Código Civil de que o único instrumento de manifestação de vontade com efeitos *post mortem* é o testamento. Esta previsão tem cunho eminentemente patrimonial e, em se tratando de Biodireito e situações a ele correlatas já é possível extrair sua incompatibilidade. A simples doação de órgãos não é manifestada através de testamento, mas é admitida qualquer comprovação do desejo do falecido para destinação de seus órgãos (MEIRELES, 2006, p. 237).

O papel da vontade nas situações jurídicas existenciais deve ser considerado enquanto promotor do livre desenvolvimento da pessoa (MEIRELES, 2006, p. 235), e identificados os motivos, as razões psicológicas do agente, a fim de extrair se realmente o agir visa funcionalizar a dignidade da pessoa humana como condição de merecimento de proteção jurídica. Retoma-se, portanto, à Teoria da Vontade, marca por relegar a declaração e a confiança estabelecida a terceiros em prol da vontade intrínseca do ser nos objetivos existenciais.

A liberdade de autodeterminação do indivíduo tem fundamento na

dignidade da pessoa humana e sua finalidade é a realização da existencialidade humana. Desta forma, ingressar na esfera psíquica do agente é condição para extrair se a conduta praticada é protegida pela dignidade da pessoa humana ou, caso seja eivada de finalidade patrimonial, pode representar conduta reprimida por esta e não acolhida como legítima pelo Direito.

Por fim, conforme as lições de Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 267), a tutela da autonomia privada sob o viés da existencialidade, é resguardada pelo princípio da autorresponsabilidade. Em inúmeras ocasiões, para o efetivo exercício da autodeterminação, o indivíduo conta com a colaboração de terceiros, sobre os quais podem ser imputados fatos que o impediriam de agir, caso pudessem ser responsabilizados.

Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p. 810) liga a capacidade de discernimento à responsabilidade pelas ações praticadas. “A pessoa capaz de discernir será responsável pelas suas escolhas, devendo suportar e assumir as consequências negativas que porventura vierem a ocorrer”.

O princípio da autorresponsabilidade visa, justamente, conferir força à vontade do ser no exercício de seus próprios interesses e estabelece a garantia de que as consequências do ato não recaiam sobre interesses alheios ou sobre a coletividade, desde que os danos recaiam exclusivamente sobre o dispoente.

No entanto, é preciso ter cautela e ponderar que o Direito tutela as ações com ele compatíveis e o princípio da autorresponsabilidade não é suficiente para abrigar condutas incompatíveis com a ordem jurídica.

Pietro Perlingieri (2002, p. 299) afirma que “o simples consentimento de quem tem o direito não é suficiente para tornar lícito o que para o ordenamento é objetivamente ilícito, nem pode – sem um retorno ao dogma da vontade como valor – representar um ato de autonomia de *per si* merecedor de tutela”.

A tutela através da autorresponsabilidade é conferida quando do exercício legítimo da autodeterminação. É caso, por exemplo, da recusa a tratamento médico, na qual o profissional poderia se negar a cumprir a vontade do paciente pelos graves riscos de responsabilização civil e criminal que pudessem recair sobre si. Teoricamente, a não prestação do serviço médico pelo profissional estaria violando normas éticas e legais, tipificada como omissão de socorro pelo artigo 135 do Código Penal. Porém, ao envolver legítimo e protegido interesse existencial do paciente, a

ordem jurídica afasta a responsabilidade médica. Ao contrário *sensu*, a mesma proteção não seria conferida em caso de suicídio assistido, pois este não é reconhecido pelo Estado e o simples consentimento do sujeito não é capaz de afastar sua ilegitimidade.

De todo o exposto, é possível definir a autodeterminação biojurídica, ou autonomia nas situações jurídicas subjetivas existenciais de disposição, traçando suas principais características, no exercício do poder de disposição, gratuita e revogável, aos direitos e interesses da personalidade, conferido personalissimamente ao seu titular através de manifestação de vontade qualificada, como forma de concreção de sua existencialidade, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

O conceito obtido através da análise das características traçadas, embora já indique os contornos da autodeterminação e esteja adequadamente enquadrada no conteúdo da dignidade da pessoa humana, por estabelecer critérios pontuais pode não ser suficiente para elucidação dos casos que clamam por tutela. O objetivo deste trabalho é adotar esse conceito como premissa e buscar no próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana um critério formal que permita abranger as diversas situações.

#### 4.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO INÍCIO E FIM DA AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

Este subcapítulo pretende contribuir para a base teórica do estudo e delinear os contornos, as condições e o conteúdo da autodeterminação nos negócios biojurídicos. Adotará como premissa que se trata de interesses existenciais, diretamente relacionados aos direitos fundamentais, envolvendo necessariamente o direito de liberdade, e ao valor da dignidade da pessoa humana.

De todo o já apresentado, é possível diagnosticar que a sociedade atual é marcada por novas situações que justificam a releitura de institutos clássicos do direito civil, inclusive com o necessário elastecimento da tutela jurídica para além do direito subjetivo, a fim de acolher os interesses relevantes através da situação jurídica.

Em campo de Biodireito, todas essas necessidades se tornam ainda

mais evidentes. As possibilidades jurídicas e o leque de novas oportunidades para exercício da autonomia privada para o indivíduo são ampliados numa velocidade que o Direito não é capaz de acompanhar. Aliás, essa é uma das principais características atuais desse ramo do direito, que divide estudiosos e causa muito debate: a ausência de norma legal para tutela dos interesses, aqui chamados biojurídicos, pelo fato de serem interesses diretamente relacionados com a vida, saúde e integridade física e psíquica do ser, conforme foi analisado no item 1.2.

As situações biojurídicas, embora possam ter reflexos sociais e/ou a terceiros, se referem especialmente à interesses individuais e particulares, justificando o reconhecimento de maior liberdade para disposição do próprio corpo ou parte dele, dentro do conceito de liberdade positiva, “compreendida como a capacidade de autodeterminação do indivíduo, por meio da autonomia da vontade. [...] Ela é positiva, porque indica a presença de uma faculdade de volição que decide (a vontade autônoma), mediante a qual o indivíduo age e escolhe sempre de acordo com as preferências racionais sobre como ele deve, livremente, viver” (RAMOS, 2011, p. 47).

Como se pode observar, o espaço de liberdade delineado pela autodeterminação visa, fundamentalmente, a realização da dignidade da pessoa humana e a promoção do ser quanto à sua existencialidade, que desencadeia a crescente presença de situações jurídicas, cujos contornos já não seriam mais acolhidos pela relação jurídica clássica.

Vale ressaltar que, mesmo na busca de normatização da matéria, a regulação, por demandar peculiaridades de casos concretos não se enquadra em *fattispecies* fechadas<sup>77</sup>, mas é melhor tutelada através de normas de conteúdo aberto, como princípios e cláusulas gerais que se amoldam e concretizam seus mandamentos conforme as especificidades dos fatos.

O período atual, marcado pelas rápidas transformações sociais, como é a retratada pelos avanços biotecnológicos, ainda possui viés do, denominado por Ricardo Luis Lorenzetti, período de experimentação. Ao atravessar esse período, segundo o autor, deve-se ter liberdade e não regulação (LORENZETTI, 1998, p. 118).

No plano jurídico, contudo, algumas limitações são necessárias, não

---

<sup>77</sup>Conforme narrado no item 3.2, o sistema jurídico composto por *fattispecies* normativas já mostrou insuficiente diante do rápido surgimento de situações merecedoras de tutela e a morosidade na elaboração normativa, o que justifica a defesa da tutela através de cláusulas gerais e normas de conteúdo indeterminado, que se mostram mais acolhedoras aos novos fatos.

para regular totalmente essas novas situações, que, por envolver a própria existencialidade humana e suas particularidades, ainda não há condições técnicas para tanto e poderia representar um retrocesso e estagnar os avanços da ciência, representar autoritarismo e seguir na contramão no clamor social, mas orientar o uso das novas técnicas no sentido de obter vantagens ao indivíduo, à sociedade e à própria humanidade.

As limitações devem ser cautelosas e atuar, neste momento, como desacelerador do progresso, não para inviabilizá-lo, mas para colocá-lo em câmera lenta, especialmente nas áreas em que as inseguranças são muitas e os riscos são grandes, protegendo o ser humano da tentadora oferta científica (LORENZETTI, 1998, p. 118), como é o caso do Biodireito.

Assim, dada a abertura, abrangência e até mesmo subjetividade da tutela dos interesses biojurídicos, e, principalmente da autodeterminação, esta não pode ser permeada por regras taxativas, abstratas, merecendo especial atenção a fixação de limites, a fim de não tolher a liberdade existencial do ser, porém, não permitir que situações desvirtuem as possibilidades dos avanços científicos em sua capacidade de carregar proveitos imensuráveis à pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é a base da ordem jurídica. É ela que traz as respostas para o maior desafio deste estudo, que é responder: qual é afinal o espaço de liberdade da autodeterminação?

“A autonomia privada passou a ser conceito promocional de valores”, “especialmente, aqueles que fazem parte do projeto constitucional, quais sejam, os princípios da igualdade, solidariedade e justiça social” (MEIRELES, 2009, p. 90).

A sociedade brasileira é diversificada, tanto em credos, culturas de origens, modos de vida. Em tempos de redes sociais é possível verificar a disparidade do conceito de vida boa e digna para uns em total confronto do mesmo conceito para outros.

Essa pluralidade é acolhida e promovida pela própria Constituição Federal, em seu artigo 3, I e IV, através da cláusula geral de não discriminação e, da previsão direcionada aos partidos políticos, de expresso o reconhecimento da pluralidade (art. 1, V), do qual se extrai, por extensão, a imposição de respeito às concepções pessoais de felicidade, vida e do livre desenvolvimento da personalidade (TEIXEIRA; KONDER, 2010, p. 6).

O desafio da autodeterminação é delinear seu conteúdo visando satisfazer os interesses da sociedade plurima e promover efetivamente a dignidade da pessoa humana, neste contexto, Ronald Dworkin propõe uma Teoria da Liberdade, distinguindo-a em dois termos: *freedom*, como à liberdade de agir sem a intervenção do governo e *liberty*, que corresponde à restrita parcela da liberdade (*freedom*) na qual o governo erraria se intervisse (DWORKIN, 2015, p. 471).

De todo o conteúdo exposto, entende-se como autodeterminação biojurídica o espaço de liberdade individual, através da qual o ser busca sua realização enquanto pessoa, busca exercer sua existencialidade de maneira plena, dentro dos seus próprios padrões de vida digna e de vida boa e, cujos reflexos atingem a vida e a integridade física e psíquica.

Pelo que se pode observar, essa autodeterminação se encontra dentro da esfera mais privada, íntima e particular do indivíduo, porém, seu exercício deve respeitar requisitos limitadores a fim de efetivamente salvaguardar a função precípua que é a promoção da dignidade da pessoa humana.

Na realidade, o valor da dignidade da pessoa humana liberta e “aprisiona”, pois, conforme é reiterado, na busca de sua realização, as regras que compõem seu conteúdo mínimo podem entrar em conflito, que será resolvido pelo seu aspecto valorativo.

Éverton Willian Pona (2015, p. 218) reconhece que “o exercício da liberdade reconhecida ao sujeito, por meio da autonomia privada e com vistas à realização da dignidade humana, somente encontra limites na garantia da própria dignidade humana e na liberdade igualmente reconhecida aos demais indivíduos”.

A autodeterminação, portanto, pode ser limitada e o objeto proposto é estabelecer critério para limitação através da própria dignidade da pessoa humana e nela será depositada a fórmula de tutela jurídica dos limites da autonomia existencial, cuja análise esclarecerá o critério que irá dirimir o conflito entre direitos e interesses, será delineado o filtro e a sugestão de sua utilização, seguida pela breve abordagem da regra de ponderação de Robert Alexy, pois, por envolver, na maioria das situações, conflitos entre a liberdade e outros direitos não previstos como regras, mas que admitem mitigação, será adotada esta teoria para ponderação.

#### 4.2.1 Fórmula Geral de Regulação da Autodeterminação Biojurídica – A Dignidade da Pessoa Humana do Começo ao Fim da Autonomia Existencial

A dignidade da pessoa humana recebeu das mais diversas ordens jurídicas internas e internacional grande importância na estruturação dos direitos da personalidade e fundamentais e dos direitos humanos<sup>78</sup>, respectivamente. A tutela dos valores reconhecidos à pessoa humana irradiou sua luz por toda a ordem jurídica que a consagrou, interferindo e impondo a releitura de diversos institutos jurídicos a fim de conferir lógica sistêmica ao ordenamento, mas, principalmente, para conferir prestação judicial justa e respeitosa ao ser humano.

No âmbito interno, o Direito Privado se remodelou para se adequar ao novo conceito de pessoa, não vista mais abstratamente, mas como um ser dotado de vontade, sonhos, desejos, sentimentos e que busca constantemente pela sua realização pessoal, profissional, construindo sua existencialidade num conceito que compreende como realizador de uma vida boa.

Paralelamente às modificações jurídicas decorrentes da elevação do princípio da dignidade da pessoa humana, através da ciência, o homem atingiu patamar de conhecimento sobre o ser humano que passou a permitir um domínio cada vez maior sobre a vida e a morte. Do avanço da ciência surgiram novos conflitos, não acompanhados pelo Direito, mas que envolve quase que completamente o valor da dignidade da pessoa humana e culminou no despertar de um novo ramo: o Biodireito.

A dignidade da pessoa humana e o Biodireito, no que pertine principalmente às situações envolvendo a autodeterminação, possuem uma íntima relação, pois as situações envolvidas por este novo ramo são caracterizadas substancialmente pela própria existencialidade humana, pela própria construção do ser, pela realização de seus mais íntimos desejos e objetivos, os quais, via de regra,

---

<sup>78</sup>As “diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar ‘direitos positivados numa constituição de um determinado Estado’. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional (SCHREIBER, 2013, p. 13, grifo do autor).

não se caracterizam pela patrimonialidade, muito pelo contrário, confere tutela à pessoa humana, impedindo sua instrumentalização.

Enfim, com o avanço da ciência surgiram novas possibilidades de agir ao homem, seja no começo da vida, realizando reprodução humana artificial, já avançada para a possibilidade de seleção embrionária e projeção de futura prole com as características desejadas pré-estabelecidas; seja no fim da vida, viabilizando a escolha de tratamentos que deseja ou não se submeter, dentre outras hipóteses que vão além, mas não cabe aqui enumerá-las à exaustão.

O Projeto Genoma Humana revolucionou a medicina e a sociedade, e o indivíduo acabou se expondo ainda mais a riscos de violação de direitos e interesses que sequer se poderia imaginar há anos atrás. Atualmente, o direito fundamental à privacidade já visa tutela a intimidade a respeito aos dados genéticos da pessoa, à sua estrutura genética. Suas potencialidades e seus riscos podem ser previamente identificados através de exames e os resultados despertarem interesses diversos, nem sempre a favor do titular.

Anderson Schreiber (2013, p. 175-177) narra com detalhes o caso ocorrido no Brasil, em que uma jovem negra, de 16 anos, após surpreender a comissão técnica pela capacidade de jogo e ser informada que iria compor a equipe que representaria o Brasil no Campeonato Sul-Americano de Vôlei, foi, posteriormente, informada que havia sido cortada por razões médicas. A notícia inesperada se fundou nos exames obrigatórios que identificou que a atleta, embora saudável, era portadora de traço falciforme, espécie de anemia crônica que pode conduzir a complicações tromboembólicas e acometia principalmente pessoas negras. É comum a realização do exame nas confederações desportivas do mundo todo, cujos resultados deveriam imbuir a comissão nos cuidados mais específicos para os atletas que apresentem riscos de doença, mas não justificar o corte discriminatório. O caso foi noticiado amplamente e a Confederação Brasileira de Voleibol, ao consultar médicos especialistas, que esclareceram que os traços não necessariamente implica a manifestação da doença, voltou atrás da decisão e reintegrou a atleta à equipe e hoje desempenha carreira de sucesso no esporte.

Do fato narrado, é possível verificar a invasão na privacidade da pessoa a partir da análise dos seus dados genéticos e a violação de direitos fundamentais, dentre eles da igualdade. A atleta do caso narrado havia recebido

tratamento discriminatório que poderia cercear sua carreira de atleta e para piorar o quadro, o exame médico é considerado como obrigatório para a seleção, ou seja, não é permitido sequer que a pessoa manifeste sua vontade em permitir a invasão à sua esfera mais particular ou não. O próprio exercício da autodeterminação é questionado e, conseqüentemente, sua dignidade enquanto pessoa humana.

Enquanto a ciência disponibiliza novas possibilidades, a dignidade da pessoa humana garante o exercício da liberdade existencial, a liberdade que cada indivíduo tem de se projetar como deseja a fim de realizar-se enquanto ser humano. No entanto, a liberdade deve ser ponderada, tanto a exercida por terceiros como a pelo próprio indivíduo.

Enquanto a ciência disponibiliza essas novas possibilidades, a dignidade da pessoa humana garante o exercício da liberdade existencial, a liberdade que cada indivíduo tem de se projetar como deseja a fim de realizar-se enquanto ser humano.

O conjunto formado pelas novas possibilidades conferidas pela ciência e pela maior tutela das liberdades conferida pela dignidade da pessoa humana, num primeiro momento, retrata um campo de atuação do homem que não pode sofrer interferência. O indivíduo deveria ser livre para agir como melhor entendesse. São decisões particulares e íntimas que devem ser respeitadas, pois edificam a sua existência e a sua dignidade. No entanto, a sociedade é composta por diversos seres únicos e, para que se mantenha uma ordem, é necessário respeitar limites e esses limites são encontrados justamente dentro do instituto que garante a liberdade: a dignidade da pessoa humana.

No conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana que garante a autonomia, é possível identificar também os seus limites e, funcionando como filtro, se revela como uma fórmula jurídica capaz de conferir maior segurança na análise dos casos envolvendo o âmbito de liberdade de agir do homem quando, na construção da sua existencialidade, colocar em conflito direitos fundamentais, envolvendo a vida, a morte e suas vicissitudes.

Geralmente, os casos a serem elucidados se enquadram na qualificação de *hard cases*, ou casos de difíceis soluções, por envolverem direitos e interesses bastante sensíveis ao homem, à sociedade e ao Direito. Ainda que algumas regras sejam explicitadas da própria noção e caracterização de autonomia existencial,

que se projeta em lado oposto da autonomia patrimonial, já consagrada e que por muito tempo dominou a ordem jurídica interna, não raro o aplicador do direito é colocado em xeque no conflito entre a autonomia existencial e outros direitos fundamentais na prestação jurisdicional.

Desta forma, a proposta apresentada é a elaboração de uma fórmula jurídica que confira maior segurança e objetividade na elucidação desses casos, sem que se estabeleça critério material fixo que inviabilize o acolhimento de situações ainda não vislumbradas e que certamente emergirão, mas sim uma forma de realizar a leitura dos fatos, sob as lentes da dignidade da pessoa humana e buscar um padrão justo e igualitário de limitação da autodeterminação.

O primeiro olhar deve se voltar ao valor intrínseco da pessoa, primeiro componente da dignidade da pessoa humana, mas que, de imediato tem a força de impedir ou mitigar um agir, caso viole seu núcleo essencial.

O objetivo de selecioná-lo como primeiro elemento da fórmula não é simplesmente sua análise na ordem estabelecida pelo conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, mas sim por ser ele o motivo, o fim, a razão de ser da tutela jurídica e, uma vez violado, torna desnecessário percorrer os demais componentes.

O valor intrínseco é composto, ainda que não taxativamente, pela vida, integridade física e psíquica e igualdade e veda a instrumentalização do homem, à sua redução como objeto e não como um fim em si mesmo.

Como já analisado, a vida possui campo de disposição quase que inexistente, enquanto a integridade física e psíquica e a igualdade permitem maior mobilidade pelo seu titular. O conflito se instala entre o direito à liberdade e os direitos à vida, integridade psicofísica e igualdade, o qual deve ser ponderado, sugerindo como mecanismo de ponderação a regra da proporcionalidade de Robert Alexy.

Da ponderação dos bens jurídicos será extraída a prevalência da liberdade ou dos bens garantidos pelo valor intrínseco do ser humano e, conforme for a medida de instrumentalização da pessoa, o agir deve ser restringido. Afirma-se aqui que a variação da medida é relevante, pois nas relações intersubjetivas é comum as pessoas doarem um pouco de si em favor de seus pares ou se privar de algo em virtude da realização de objetivos próprios, porém, essa privação de si mesmo tem limites e esse limite é a sua vida, não cogita o cerceamento da vida em prol de outrem, a ordem jurídica não tutela o despir-se da própria vida; a integridade física e psíquica,

que possui campo de disposição do próprio corpo, mas dentro dos limites já abordados e desde que não esvazie a existência de seu titular; e a igualdade substancial, inclusive com respeito da diferença, que embora limite a liberdade, pode ser também por ela funcionalizada. A disposição do ser, visando a cirurgia de transgenitalização no encontro da pessoa consigo mesma, seria um exemplo claro em que a liberdade de dispor do próprio corpo é justificada pela igualdade substancial.

Embora Luís Roberto Barroso (2012, p. 175), idealizador do conteúdo da dignidade da pessoa humana adotado neste estudo como marco teórico, aborde a tutela a lesão à própria pessoa e a terceiros no valor comunitário, para análise pelo filtro de autodeterminação, será melhor inserida no valor intrínseco, pois, identificada a instrumentalização ou a violação desproporcional de bens jurídicos de terceiros a limitação da autodeterminação deve ser imposta, sendo desnecessário percorrer os demais itens.

A liberdade de disposição do próprio corpo, quando represente lesão à própria pessoa, eventual acolhimento paternalista de tutela tomará por base a violação, ainda que voluntária, de direitos que compõem o valor intrínseco e que não permite restrição após ponderação.

O mesmo fundamento justifica a transposição da tutela aos direitos e interesses de terceiros para análise dentro do valor intrínseco. Considera-se que se trata de busca de solução envolvendo a liberdade de autodeterminação, estabelecida, como seu próprio conceito traduz, com base na existencialidade humana. Esta, por sua vez elevada à bem jurídico a ser funcionalizada pelas situações patrimoniais e como a verdadeira razão de ser das situações existenciais. Conclui-se que as lesões a terceiros a justificarem a limitação da autodeterminação devam afetar bens jurídicos tão relevantes ao Direito como a autodeterminação, ou seja, envolver direitos fundamentais tutelados pela Dignidade da Pessoa Humana.

Há, portanto, estabelecido conflitos entre direitos que compõem o valor intrínseco de cada sujeito e exige a aplicação da regra de ponderação para extrair qual os limites devem ser impostos da liberdade individual.

Identificada a incolumidade da pessoa, passa-se para análise sob as lentes da autonomia. Primeiramente, é preciso identificar se o objeto de disposição se encontra dentro da esfera disponível do sujeito, por exemplo, se está dispondo de direito próprio ou pretende se evadir em terreno alheio. Superada essa exigência, é

necessário investigar a qualidade da vontade manifestada a fim de avaliar se realmente a decisão tomada é livre e adentrar ao mínimo existencial no sentido de conferir se as condições necessárias para o exercício pleno da liberdade foram observadas.

Nesta fase, há possibilidade de retardamento da permissão do exercício da liberdade visando assegurar que a vontade manifestada seja certa, clara e evidente, pois, como afirma Ricardo Luís Lorenzetti (1998, p. 118), essa é a fase de experimentação e, ainda que o autor entenda que o momento é de liberdade e não de regulamentação, os limites são necessários visando desacelerar os efeitos e conduzir a tutela de bens jurídicos tão relevantes por caminhos mais seguros.

Além da averiguação da esfera de disponibilidade do sujeito, da existência de condições para tomada de decisão, da vontade ser clara e real, um dos fundamentos da autodeterminação biojurídica, fundada na dignidade da pessoa humana, é a realização do sujeito como pessoa, portanto, o exercício da sua autonomia deve ser vinculada à finalidade existencial, pois qualquer outro fim estaria instrumentalizando o indivíduo e caminhando na contramão da tutela conferida à liberdade do exercício.

Não cumpridas as exigências da autonomia, a liberdade deve ser limitada. Paralelamente, ao serem cumpridas, passa-se então para o valor comunitário, ao inserir a pessoa num contexto social. Será analisado eventual conflito envolvendo desejo manifestado e valores compartilhados na sociedade na qual o sujeito está inserido.

Em se tratando de valores comunitários compartilhados, adota-se como premissa que em questões puramente morais não se deve decidir pelo critério de maioria e o Estado não deve intervir quando pairar conflito justificável de padrões razoáveis de conduta, predominando a liberdade de autodeterminação.

Por fim, superados os filtros estabelecidos até aqui, deve-se investigar se o agir acarretará consequências prejudiciais às gerações futuras, com empréstimo dos critérios do Direito Ambiental, a fim de impedir ou mitigar a ação cujos reflexos para as gerações futuras não puderem ser precisados, como é o exemplo da aplicação da engenharia genética em células germinativas humanas que altera a essência da natureza humana.

Através do item 1.3, restou delineada a relevância da solidariedade

intergeracional para o Biodireito não somente naquilo que afeta a área ambiental, mas também por envolver pesquisas e procedimentos correspondentes a seres humanos. O critério para avaliação de ser reconhecida a liberdade de agir, de se autodeterminar com o uso de técnicas ofertadas pela ciência devem seguir o mesmo propósito da serra ambiental e observar os princípios da prevenção e da precaução. Neste sentido, havendo risco conhecido, ou ainda que não comprovado para a humanidade e para as futuras gerações, a liberdade deve ser mitigada ou limitada até que se garanta a incolumidade do ser humano.

O critério acima proposto para avaliação do campo de liberdade de autodeterminação nos casos envolvendo o Biodireito, aqui chamado de autodeterminação biojurídica, é amparado na dignidade da pessoa humana, uma vez que, ainda que não possa generalizar de forma absoluta, não há como negar que em sua maioria envolve o conflito do direito de liberdade e direitos fundamentais, especialmente a vida, a integridade psicofísica e a igualdade, cuja ação se fundamenta na busca da construção do ser e de sua existencialidade.

Embora sejam conceitos reconhecidamente abstratos, a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação biojurídica, quando densificadas e objetivadas na tentativa de promover a racionalidade e o controle nas suas aplicações, seus conteúdos se encontram tanto na concessão de liberdade como no estabelecimento dos limites, de forma que reconhecer nos conteúdos morais, criteriosamente idealizado por Luís Roberto Barroso, um filtro para aplicação conjunta dos dois institutos na avaliação da liberdade nos casos concretos certamente confere maior segurança e objetividade na solução dos casos difíceis.

Certamente, dentro de cada conteúdo moral haverá conflitos entre direitos fundamentais, a sugestão proposta é a adoção da regra de ponderação de Robert Alexy, estruturada de forma racionalizada, analítica e organizada a conduzir o interprete na aplicação do Direito de forma justa, razoável, não arbitrária na busca de justiça, a qual será abordada no item seguinte.

#### 4.2.2 A Aplicação da Regra da Proporcionalidade como Ponderação de Interesses em Conflito

Em se tratando de autodeterminação, a colisão entre diferentes

interesses é comum. A liberdade de agir na busca de concreção de interesses elevados a realizadores da existencialidade do indivíduo esbarram em interesses dotados de relevância pela ordem jurídica, mas marginalizados pelo próprio titular, em interesses de terceiros, da sociedade e da própria humanidade. Podem-se citar como exemplos, o suicídio assistido, em que a vontade manifestada da pessoa conflita com seu direito à vida; o aperfeiçoamento genético, que envolve a vontade dos pais em ter o filho idealizada e a integridade psicofísica deste, dentre outros.

O direito à autodeterminação, inquestionavelmente, possui natureza de direito fundamental conferido pela dignidade da pessoa humana e que a ela instrumentaliza. No entanto, ainda que se proceda à análise da autonomia existencial sob as lentes da dignidade da pessoa humana, dentro de cada conteúdo moral: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário, por vezes, alguns bens jurídicos fundamentais são colocados em xeque.

Para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, a regra da proporcionalidade, idealizada por Robert Alexy, se mostra como eficaz instrumento de ponderação a extrair a tutela jurídica mais adequada ao caso concreto e delinear o espaço de liberdade individual, a qual é adotada neste trabalho para dar completude à fórmula de regulação da autodeterminação.

A adoção desta regra se funda no seu próprio fundamento lógico, que é o fato de ser extraída da estrutura dos direitos fundamentais, em sua grande maioria é revestido de caráter principiológico, ou seja, como mandamento de otimização, cujo conteúdo deve ser realizado na maior medida possível fática e juridicamente. Neste contexto, “a regra de proporcionalidade e o dever de otimização guardam relação de mutua implicação” (ALEXY, 2015, p. 116-117).

Para esclarecimento da aplicação da regra da proporcionalidade, serão adotadas as contribuições de Virgílio Afonso da Silva, que buscou esmiuçar a ideia de Robert Alexy, distinguindo-a do princípio da razoabilidade<sup>79</sup> e lhe conferindo pureza e tecnicidade.

---

<sup>79</sup> Para o autor, o princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade possuem origens e estrutura distintas. Enquanto a origem do princípio da razoabilidade é fundado no direito norte americano, a regra da proporcionalidade é fundada no direito germânico. Quanto à estrutura, a conclusão do autor é que, conforme o tratamento jurídico dispensado ao princípio da razoabilidade, este corresponderia ao subelemento da ponderação: adequação, sendo, portanto, mais restrito e incompleto. Para aprofundamento na leitura, sugere-se o trabalho intitulado “O Proporcional e o Razoável”, de Virgílio Afonso da Silva.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 257) ao abordar a origem de ambos os institutos, afirma que o princípio da razoabilidade norte-americano foi desenvolvido para aferição da constitucionalidade de determinadas leis, e como próprio do sistema do *common law*, sua construção se deu através de precedentes sucessivo, sem maior rigor sistêmico. Já a regra da proporcionalidade, de raízes romano-germânicas, se apresenta organizada sistemática e analiticamente e foi pensada para atuar como mecanismo de controle do Executivo no contexto do Direito Administrativo.

A doutrina se divide na singularidade do princípio da razoabilidade e da regra da proporcionalidade. Parte compreende que na ordem jurídica interna a diferença não se estabelece, como defende Luís Roberto Barroso (2011, p. 258) e parte a doutrina defende ferrenhamente a necessidade de distinção, como Virgílio Affonso da Silva (2002, p. 30).

Embora ambos critérios abriguem os mesmos valores: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos (BARROSO, 2011, p. 258), para o presente estudo será adotado como marco teórico a concepção de Virgílio Affonso da Silva e a teoria de Robert Alexy, tendo em vista a ordem sistêmica que foi elaborada e confere maior objetividade na sua aplicação e pelo fato de desde sua origem ser pensada envolvendo tutela de direitos fundamentais.

Como afirmado, a regra da proporcionalidade surgiu no controle das leis restritivas de direitos fundamentais pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, inicialmente contra atos do Executivo. Sua estrutura racional é composta por sub-elementos independentes, que devem ser aplicados numa ordem pré-definida. Os sub-elementos são: análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, os quais se relacionam de forma subsidiária entre si. Assim, cada sub-elemento deve ser aplicado na ordem pré-estabelecida e não necessariamente é preciso analisar cada um para se obter a resposta, pode acontecer de a solução ser atingida aplicando tão somente a primeira (SILVA, 2002, p. 30-35).

Para Robert Alexy, cada sub-elemento assume um papel na otimização do conteúdo dos direitos fundamentais na maior medida fática e jurídica possível.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2015, p. 118).

O primeiro sub-elemento a ser analisado é a adequação, a qual deve ser compreendida como meio através do qual a realização de um objetivo é fomentada, ainda que não efetivamente alcançada. Desta forma, a medida somente será inadequada “se não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido” (SILVA, 2002, p. 36).

O objetivo final da aplicação da adequação é identificar uma relação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins subjacentes à análise dos três sub-elementos (BARROSO, 2011, p. 259), e justificar ou não a intervenção na esfera privada.

Trata-se de uma avaliação isolada, que em se tratando de autodeterminação biojurídica, irá analisar necessariamente o direito fundamental de liberdade de um lado e a adequação de uma específica medida de intervenção externa decorrente da proteção de outro direito fundamental.

Como exemplo deste sub-elemento, vale adiantar a análise dos casos de aperfeiçoamento humano que será utilizado como prova de teste da fórmula da autodeterminação. É possível, pela ciência, a seleção do sexo do embrião na fase pré-implantatória. Tal procedimento é envolvido por diversas particularidades que, somente no caso concreto, é possível defender ou reprovar sua prática. Suponha-se que o casal pretenda selecionar o sexo do filho pelo fato do pai ter uma doença genética e acreditarem que, nascendo uma menina, ela estará livre da enfermidade. Tal fato deverá ser investigado, pois, havendo a adequação da medida, ou seja, de fato realizando da seleção embrionária, por esse sub-elemento não haverá óbice na realização do procedimento. Contudo, caso a doença se manifeste em quaisquer um dos sexos, outra medida pode ser justificada, mas não a escolha do embrião pelo sexo da criança.

O segundo sub-elemento é a necessidade, no sentido de que “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização de objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de

outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Trata-se de exame comparativo entre duas ou mais possibilidades, enquanto que a adequação é conferida por exame absoluto (SILVA, 2002, p. 38).

Luís Roberto Barroso (2011, p. 260) exemplifica este sub-elemento na não proporcionalidade e ilegitimidade da interdição de um estabelecimento industrial e paralisação de sua produção para conter dano ambiental, se este puder ser evitado com a simples instalação de um filtro.

Ao retomar o exemplo citado acima, sob a premissa de que a seleção de sexo na fase pré-implantatória sem justificativa enseja o descarte de embriões<sup>80</sup> e ao vesti-lo de novas particularidades, supor-se que a doença genética, passível de ser eliminada pela seleção embrionária, seja facilmente tratada e curada após o nascimento do bebê, ou seja, havendo duas medidas aptas a conferir a qualidade de vida da criança na mesma proporção, rejeita-se a seleção em prol do simples tratamento, pois será proporcionalmente mais ajustada a medida que menos trará impacto.

O terceiro sub-elemento é a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste no “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”, de modo que se deve agir de forma racional no sentido de que “se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia não for suficiente para justificá-la, será desproporcional”, prescindindo da necessidade de rejeição somente pela não realização de direito fundamental ou por atingir, em alguma medida, seu núcleo essencial (SILVA, 2002, p. 40-41). “Consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para

---

<sup>80</sup>A seleção embrionária para escolha do sexo do filho por fins sociais, ou seja, sem finalidade terapêutica é bastante debatida filosófica, moral, ética e juridicamente. Diversos fatores devem ser levados em conta ao definir sobre a legitimidade ou não da escolha. Os principais argumentos são: “a arrogância em brincar de Deus, a perda do acaso que é imprescindível para a responsabilidade humana, a ofensa à autonomia do filho, a ressurreição de práticas eugênicas, a erosão da incondicionalidade do amor parental, o desrespeito aos portadores de deficiência e o aumento da desigualdade social” (FRIAS, 2010, p. 164). Além destes pontos, discute-se o abalo no equilíbrio demográfico, o qual é considerado um bem público, pois garante à população em geral a possibilidade de se casar e de se reproduzir e o embate a respeito do descarte de embriões, pois haveria o descarte daqueles que manifestariam o sexo oposto ao desejado. Para conferir decisão realmente justa e adequada a respeito da liberdade dos pais na seleção do sexo de sua prole, é necessário permear pelas vicissitudes do caso concreto e seu contexto social, o qual não é objeto central desta pesquisa e, pela profundidade necessária para formação de uma conclusão, será reservada oportunidade para nova pesquisa. Desta forma, como meio de exemplificação do sub-elemento proporcionalidade em sentido estrito da regra da proporcionalidade, adota-se o equilíbrio demográfico como

contrastar se a medida é legítima” (BARROSO, 2011, p. 260).

A regra da proporcionalidade idealizada por Robert Alexy confere mecanismo eficaz de ponderação de direitos fundamentais, como é o caso da liberdade e dos demais direitos postos em xeque quando da análise dos casos que envolvem o Biodireito, em especial a igualdade, integridade psicofísica e a vida, as quais compõem o valor intrínseco da pessoa humana, cujos conflitos são solucionados também quando envolverem terceiros.

Referida regra também é válida e eficaz quando inserida no segundo elemento do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, pois, como funcionalizador da autonomia, é necessário garantir o mínimo existencial, considerado como as condições mínimas para que um indivíduo seja realmente livre para tomar suas decisões e, como já mencionado no item 2.3.2, seu conteúdo é extraído da ponderação entre a dignidade da pessoa humana, princípio da separação dos poderes e competência legislativa e interesses de terceiros, ou seja, a regra da proporcionalidade também é aplicada para extrair a medida da dignidade a ser assegurada em observância ao mínimo existencial.

Por fim, o terceiro componente mínimo da dignidade da pessoa humana é o valor comunitário, em que será necessário enfrentar o conflito entre a liberdade individual e valores compartilhados pela sociedade e integridade da natureza humana para as futuras gerações e, que, embora não se revistam totalmente de direitos fundamentais, o mecanismo da regra da proporcionalidade se mostra eficaz e compatível para análise de eventual restrição a ser imposta.

A regra da ponderação de Robert Alexy confere completude à fórmula de regulação da autodeterminação por resolver os conflitos entre os direitos fundamentais.

Para demonstração da eficácia da fórmula, será abordado o contexto geral sobre o aperfeiçoamento genético e selecionados casos para que sejam submetidos à proposta desta pesquisa.

#### 4.3 APERFEIÇOAMENTO GENÉTICO: A CONTRAPROVA DA FÓRMULA GERAL DE REGULAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO BIOJURÍDICA

Nos itens anteriores foram abordados temas relativos à autonomia

privada e sua contextualização na sociedade contemporânea, em especial envolvendo os avanços científicos que culminaram na necessidade da criação de um novo ramo do Direito, o Biodireito.

Após definir a autodeterminação biojurídica e, com base no conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, estabelecer seus contornos, fundados não somente na garantia de liberdade, mas também nos seus limites, busca-se, neste derradeiro item, a comprovação da hipótese com a demonstração de que o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário são instrumentos relevantes a serem utilizados como filtro para busca de solução de conflitos surgidos, o que se fará na análise de situações concretas envolvendo técnicas de aperfeiçoamento genético humano.

Neste afincio, serão abordados nas próximas linhas o contexto atual e as preocupações emergidas sobre as técnicas possíveis de aperfeiçoamento genético. Porém, por este não ser o enfoque principal do trabalho, o qual visa traçar uma formula geral de condução para estabelecer, no caso concreto, limites da autodeterminação biojurídica, será feito recorte metodológico nas seguintes situações: a) aperfeiçoamento genético e seleção embrionária de filhos para fins terapêuticos e b) aperfeiçoamento genético e seleção embrionária de filhos para fins não terapêuticos ou sociais.

#### 4.3.1 Aperfeiçoamento Genético em Seres Humanos e Sua Contextualização na Sociedade Contemporânea: As Possibilidades Técnicas e as Preocupações que a Norteiam

No item 1.1 já foram narrados alguns casos destacados que se tornaram possíveis pelo avanço da ciência. A diversidade de pontos de discussão trazida pelo desenvolvimento tecnológico não é passível de numeração taxativa e se renova a cada dia. A cada possibilidade fática conquistada pelos cientistas, surge uma nova reflexão sobre sua pertinência ética e jurídica e essa reflexão não pode ser feita de forma despreendida da análise da liberdade individual em se autodeterminar e nem dos valores da dignidade da pessoa humana.

Pela diversidade de casos práticos, para o presente trabalho é eleito o aperfeiçoamento genético humano como situação a ser aplicada a formula geral e

objetiva da análise dos limites da autodeterminação a fim de verificar sua aplicação concreta. A expressão aperfeiçoamento genético é tratada aqui de forma ampla, se inclui, além das modificações genéticas para modificação do genoma, a seleção embrionária através de testes preditivos sem a referida manipulação prévia nos genes.

A opção pelo aperfeiçoamento humano é realizada em virtude de ser tema novo, com campo de possibilidades ainda em expansão, revestido de divergências éticas e morais e que permite a análise sob três vieses: a) ação de um sujeito em prol de terceiros, por exemplo, seleção de embriões com objetivo de evitar o nascimento de bebe portador de doença genética grave; b) ação de um sujeito na busca de realização de desejo próprio projetado em terceiros, por exemplo, a possibilidade de pré-definição de características físicas, psicológicas e comportamentais de sua prole; e b) aperfeiçoamento genético de si mesmo, por exemplo, visando atingir auto rendimento esportivo. Em paralelo aos três aspectos citados, permeará sobre a possibilidade de modificação genética somente em células somáticas ou também em células germinativas.

O tema é bastante complexo e sua abordagem integral certamente será explorada em futuras pesquisas. Neste momento, serão traçadas definições necessárias à contextualização do atual estágio da ciência e projeção de futuros riscos que importem para o estudo da sua viabilidade jurídica e dos limites da autodeterminação. Para dar concretude aos fatos a serem analisados pela fórmula, serão selecionados um exemplo prático de cada item, extraídos da doutrina e noticiários sobre biociência, pois, a abordagem integral e a definição de posicionamento acerca de cada possibilidade vão além das linhas encampadas por essa pesquisa.

As técnicas de reprodução humana artificial representam a realização de um sonho para muitas pessoas que não conseguem, de forma natural, gerar seus próprios filhos. Simplesmente tornar o desejo dos pais em gerar um filho biológico já é uma grande conquista. Porém, não é seu ápice. Atualmente através de técnicas de análise genéticas em células embrionárias é possível identificar doenças graves que seriam transmitidas aos herdeiros e através de manipulação dessas células, é possível modificá-las geneticamente ou simplesmente selecionar embriões que não carreguem os genes responsáveis pela referida doença. O objetivo do procedimento é terapêutico e visa o bem-estar da pessoa que está para nascer. Paralelamente, é

possível utilizar-se das mesmas técnicas, identificação e seleção embrionária ou intervenção artificial para projetar características desejadas na prole, cuja finalidade não é terapêutica, mas sim social.

Ambos os casos citados acima configuram eugenia. O primeiro se trata da eugenia negativa, que visa eliminar as características indesejáveis e evitar sua transmissão. O segundo é a eugenia positiva, que visa pré-estabelecer características da pessoa projetada. O termo eugenia, amplamente difundido com resquícios das atrocidades nazistas, corresponde, como se pode observar, a sentidos diversos. O termo melhor empregado quando se refere à conduta nazista, seria o extremo eugenismo, cuja correspondência, de maneira singela, se dá com a seleção de raças consideradas inferiores ou promoção de boas linhagens (FÉO; VIEIRA, 2009, p. 47).

A seleção embrionária e a possibilidade de aperfeiçoamento genético humano atraem os olhos de pais com o desejo de proporcionar o melhor para os filhos e realizar na prole aqueles sonhos que talvez não puderam realizar por si mesmos. No entanto, a expectativa do olhar deve ser acompanhada de cautela e não ignorar os riscos de mercantilização e desnaturação da natureza humana.

O Estados Unidos é conhecido na área da biociência pelo seu desenvolvimento nas técnicas de reprodução humana assistida, na capacidade de catalogação de características físicas de doadores de gametas e na ausência de legislação específica e rigorosa sobre a procriação artificial. A popularização desta técnica é fomentada e aquece o bilionário mercado americano e o turismo médico entre os países. O jornal *Times* de Londres divulgou anúncio publicitário do laboratório americano *Genetics and IVF Institute*, com sede em Washington, que prometia a fecundação artificial rápida e seletiva. Anúncios como esses se replicam e oferecem pacotes de desconto, vantagens, condições facilitadas e atendimento além dos limites territoriais viabilizados pela comunicação virtual (VASCONCELOS, 2006, p. 50).

A facilidade de reprodução humana artificial e a possibilidade de realização do sonho dos pais em ter filhos dentro do seu padrão de perfeição, que envolve desde a eliminação de doenças genéticas até a seleção de características físicas, faz surgir novos dilemas.

Nos Estados Unidos ações se multiplicam como a que envolveu a clínica de Utah. Um casal ao realizar a reprodução artificial com material disponível

no banco genético, optou pelo espermatozoides do doador n. 183, pois pelas características descritas teria cabelos escuros como do pai idealizador do projeto parental. Ocorre que, quando do nascimento dos trigêmeos, um deles nasceu ruivo e após o teste de DNA foi identificado que o material genético usado não havia sido do doador n. 183 e sim do doador n. 83. A mãe então ingressou com demanda judicial e pleiteou ressarcimento pois, possivelmente, os seus filhos seriam mais bonitos caso o material escolhido fosse o utilizado. O casal perdeu em segunda instância por 3 votos contra 2 (VASCONCELOS, 2006, p. 51).

Outras demandas envolvendo identificação e seleção genética são proliferadas, principalmente nos Estados Unidos, Austrália, Países Baixos, Inglaterra e África do Sul, que formulam pretensões judiciais que podem ser categorizadas em: *wrong ful life*, quando a própria criança não se conforma de ter nascido com doença grave e processa os pais ou o médico por ter sido obrigada a nascer; *wrong ful birth*, em que a mãe, por considerar o filho um fardo por possuir alguma doença grave ou deficiência, processa quem entenda como responsável por impedi-la de abortar ou de evitar o mal; e *wrong ful pregnancy*, em que mãe, por ter engravidado num período não propício, psicológica ou financeiramente, e havendo falha, por exemplo, em procedimento de esterilização realizado, pleiteia a responsabilidade do médico (VASCONCELOS, 2006, p. 51).

Às técnicas biomédicas para evitar doenças, subjazem conflitos paralelos que implicam em graves consequências sociais. Somados a esses conflitos, que não serão aqui esmiuçados por não compreender a problemática da pesquisa, deve-se ater ao risco de interferência na natureza humana que é objeto de debate ético, jurídico e filosófico, que divide duas grandes correntes: trans-humanistas, que defendem o desenvolvimento biotecnológico e da engenharia genética para o aperfeiçoamento do ser humano e da espécie humana; e bioconservadores, que se centram na defesa da continuidade de uma natureza eminentemente humana e o impedimento de biotecnologia para desenvolver indivíduos pós-humanos (PONA; TESHIMA, 2015, p. 190).

O objeto da pesquisa não comporta a análise verticalizada a respeito dos fundamentos de cada teoria, pois o aperfeiçoamento genético é introduzido nesta pesquisa como um teste à formula de regulamentação da autodeterminação, cuja compreensão é construída com base no convencimento de que a aplicação das

técnicas cientificamente disponíveis devem ser limitadas, visando promover e garantir a essencialidade da natureza humana. Adota-se, portanto, o viés bioconservador como premissa de continuidade da pesquisa.

Para melhor segmentar e direcionar o estudo e diante da impossibilidade de desenvolver, nesta pesquisa, temática tão abrangente e composta de diversas particularidades, que envolvem diversos problemas éticos e jurídicos, será feito o recorte na vasta gama de possibilidades biomédicas a fim de estabelecer os casos paradigmáticos que se sujeitarão à análise pelos filtros da autodeterminação biojurídica.

Primeiro serão abordadas as considerações a respeito da eugenia negativa, sob o enfoque da seleção embrionária com fins terapêuticos, tanto em células somáticas como em células germinativas. Na sequência, será abordada a eugenia positiva, fundada na seleção embrionária para escolha de sexo e na modificação genética para fins de escolha de traços característicos da prole, também com reflexos nas células somáticas e germinativas.

Antes de adentrar em cada situação delineada nesta pesquisa, a qual será abordada sob o viés da interferência humana nas células somáticas e nas células germinativas, sua distinção deve ser definida.

Enrique Varsi Rospigliosi (2001, p. 134) extrai dos saberes biológicos, na profundidade necessária para a reflexão jurídica, a principal distinção entre as interferências de terapias gênicas em células somáticas e em células germinativas. As primeiras somente afetam as células que compõe o corpo do indivíduo, sem transferir para gerações futuras, o que acontece com as segundas, uma vez que a interferência afeta células reprodutoras femininas e masculinas e todas as alterações são transmitidas de geração em geração. Há modificação do patrimônio genético.

Feitas essas considerações, passa-se à explanação de cada situação a ser sujeitada à fórmula da autodeterminação.

a) Eugenia negativa - seleção embrionária e/ou manipulação genética em células embrionárias para fins terapêuticos – células somáticas e germinativas

Imerso num campo de confronto entre o bem e o mal, os avanços da

ciência conferem instrumentos que visam a melhoria da qualidade de vida do ser humano. Como reiterado neste trabalho, o bom uso da ciência tem potencial para trazer incontáveis benefícios. Cabe ao homem saber utilizar a sabedoria que lhe é conferida e que caracteriza sua espécie, sem se atrair pelo fruto da árvore envenenada e deturpar os caminhos que os (nos) levam ao paraíso.

É certo que tratamentos terapêuticos envolvendo a genética humana podem acontecer desde as primeiras uniões celulares até a fase adulta, como é o exemplo da “utilização de ‘células-tronco’ existentes nos tecidos dos organismos de crianças e de adultos, como medula óssea, sangue, fígado, além das encontradas no cordão umbilical e na placenta” (MORGATO, 2012, p. 105). No entanto, para a continuidade da pesquisa será abordada exclusivamente a situação de seleção embrionária e/ou manipulação genética na fase pré-implantatória em fertilização *in vitro*.

O diagnóstico genético pré-implantatório é exame genético que permite a constatação, *in vitro*, da presença de alguma anomalia no embrião, cujo resultado fornece condições de decisão sobre a implantação ou não no útero da mulher para continuidade da gestação (MORGATO, 2012, p. 109). Embora pela técnica pura do diagnóstico pré-implantatório ser disponibilizada a opção ou não pela continuidade do procedimento de fertilização com a implantação do embrião no útero materno, quando detectada alguma anomalia genética, há ainda a possibilidade de realizar modificação genética, com a eliminação da anomalia no embrião, para posterior implantação uterina, visando evitar o nascimento de uma pessoa portadora de doença genética ou cromossômica grave (FURTADO, 2017, p. 245). O primeiro caso se refere à seleção embrionária e o segundo caso, em que há interferência no material genético do embrião, caso de manipulação genética.

Através do diagnóstico pré-implantatório não há garantia de nascimento de uma criança sem nenhuma mutação genética, no entanto, o exame é eficaz para identificação de diversas doenças. Algumas anomalias genéticas, contudo, dependem de prévio conhecimento por familiares que sejam portadores, ou seja, não são passíveis de identificação sem que seja, especificamente, procurada por já ter sido manifestada ou constatada em alguém da família (MALUF, 2015, p. 204).

O aprofundamento em relação à forma de realização, êxito, doenças abrangidas, dentre outras informações demandaria percorrer outras áreas do saber.

Para a pesquisa, conhecer a realidade da técnica, independente de seus pormenores, já permite continuar a construção do pensamento e eleger o caso a percorrer o filtro de autodeterminação.

A eugenia negativa com finalidade terapêutica em células somáticas tem forte aceitação, mas quando aplicada em células germinativas, enfrenta-se maior resistência.

A Lei de Biossegurança, em seu artigo 6, inciso III, veda a aplicação de engenharia genética em células germinativas humanas, zigoto humano e embriões humanos e prevê pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa para quem praticar essa conduta.

A Resolução 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina, não aborda a manipulação genética de embriões, mas em seu artigo 5, capítulo 1 e artigos 1 e 2, capítulo 16, autoriza a seleção embrionária para fins terapêuticos e para tratamento de irmão portador de doença genética e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco.

O Código de Ética Médica, Resolução n.1931/2009, no artigo 16 do capítulo III, prevê o impedimento de intervenção “sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência”.

O Conselho Federal de Medicina admite, portanto, a realização de seleção embrionária e da manipulação genética para fins terapêuticos, desde que não sejam afetadas células germinativas humanas.

A terapia genética, ou seja, a manipulação genética em células germinativas humanas compreende a intervenção genética nos zigotos ou nos gametas que promovem alterações definitivas na herança genética do indivíduo e, desta forma, é transferida aos seus descendentes (MORGATO, 2012, p. 103).

No caso, embora haja interferência nas futuras gerações, é de se destacar que a finalidade do procedimento é justamente conferir viabilidade vital da futura prole e conferir condições de vida digna, porém, não se sabe os riscos que a intervenção em células germinativas podem acarretar a médio e logo prazo, por precaução, a resistência à interferência humana em células germinativas têm agrupado mais adeptos. Aliás, a própria comunidade científica, quando não revoltas quanto às regras morais e éticas, defendem a predominância do processo de seleção

embrionária à terapia gênica. Na possibilidade de se evitar a transferência de doença e anomalias através da escolha de genes saudáveis, deve-se evitar a interferência externa no material genético do ser.

Essa conclusão é extraída da notícia a respeito da nova técnica denominada CRISPER, que permite aos cientistas fazer alterações no DNA de forma simples e rápida. A técnica foi desenvolvida em 2013, nos Estados Unidos, e utilizada rapidamente por todo o mundo como instrumento de edição genética. Ao final de 2017 foi publicado pela revista Nature o sucesso da experiência científica de um grupo de pesquisadores americanos e chineses que modificaram o DNA humano para afastar doença genética e, embora o embrião não tenha sido introduzido no útero, os indicativos mostram que originariam um bebê saudável. A técnica agora é estudada para intervir em células humanas adultas no tratamento de doenças que ainda não se manifestaram e também que já apresentaram sintomas. Embora sejam relevantes as vantagens apresentadas, em 2015, as Academias Nacionais de Ciência, Engenharia e Medicina dos Estados Unidos concluíram que a técnica só deveria ser usada para fins de pesquisa em laboratório e no início de 2017 é que foi autorizada a sua utilização para reprodução humana, desde que para fins terapêuticos, porém, mesmo com a liberação, muitos acreditam que a principal aplicação da técnica será para fins de pesquisa, pois a seleção de embriões saudáveis se mostra mais viável para evitar a transmissão de doenças genéticas (<https://veja.abril.com.br/ciencia/tecnica-que-altera-dna-e-esperanca-no-combate-a-doencas-geneticas/>).

As técnicas de terapia gênica representam grandes esperanças, principalmente para pessoas portadoras de doenças genéticas e deficiências graves, cuja cura ou redução dos sintomas somente é vislumbrada com a interferência em seu material genético. Para as futuras gerações, a seleção embrionária confere possibilidade de se evitar esses males. Resta, contudo, avaliar quais são as técnicas que ética e juridicamente devem ser admitidas.

O propósito do trabalho é delinear, no seara jurídico, o campo de liberdade de autodeterminação, que automaticamente delimitará a prática e a adoção de técnicas a serem acolhidas.

Como já reiteradamente mencionado, não existe uma resposta única para a liberdade de autodeterminação do indivíduo através do uso das diversas possibilidades científicas, dependendo das particularidades do caso concreto.

Para análise da liberdade na realização de procedimento envolvendo eugenia negativa pela ordem jurídica interna serão adotadas as seguintes premissas: a) seleção embrionária ou modificação de célula embrionária na fase pré-implantatória; b) finalidade exclusivamente terapêutica; c) única possibilidade de evitar a transmissão e não manifestação da doença; c) intervenção em células somáticas e germinativas.

Ao sujeitar o caso ao filtro, verifica-se que não há aparente incompatibilidade com o valor intrínseco. Busca-se justamente tutelar que os direitos que o compõem sejam respeitados na sua maior proporção. Através da modificação genética, busca-se evitar o cerceamento sumário da vida em virtude de doença e promover melhores condições psicofísicas, com a eliminação da sujeição a doenças passíveis de serem identificadas.

Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (2005, p. 173), ao analisar as definições de dor e sofrimento no contexto clínico, conclui que “a cura da doença e o alívio do sofrimento há muito tempo são aceitos como objetivos da medicina. A doença destrói a integridade do corpo, e a dor e o sofrimento podem destruir a integridade global da pessoa”.

Desta forma, considerando que através da seleção embrionária e da terapia gênica, ainda que aplicada em células germinativas, não há ofensa ao primeiro componente da dignidade da pessoa humana.

Ademais a medida é adequada, por representar potencial êxito na eliminação da doença; é necessária, por ser a única forma de evitar o contágio e a manifestação da enfermidade; e é proporcional, pois ainda que envolva a esfera alheia, já que o material genético modificado não pertence<sup>81</sup> aos pais, a finalidade terapêutica justifica a intervenção.

Em relação à autonomia, Habermas (2004, p. 26) supõe a antecipação do consentimento das futuras gerações, pois evita o sofrimento da pessoa cujo gene é modificado, como seus descendentes, por doenças hereditárias graves que não poderiam ser suportadas pela própria pessoa.

Conforme visto no item 4.1, a manifestação de vontade para o exercício da autonomia provada deve ser real, clara, atual, despida de qualquer força

---

<sup>81</sup> O termo “pertence” inserido no texto pretende somente atribuir a titularidade do material genético, não representando qualquer interpretação no sentido de propriedade.

exógena, no entanto, também é certo que para que exista liberdade, é necessário que o sujeito possua condições mínimas de agir. A saúde, o bem-estar, a vida, são elementos que compõem essa esfera mínima, o mínimo existencial para o exercício de todas as demais formas de autonomia.

Neste aspecto, portanto, pressupor a vontade em gozar de vida saudável não viola as condições impostas para conferir sua efetividade, realidade e segurança. O mínimo existencial compõe uma esfera presumida da necessidade da pessoa humana, e nele reside a eliminação de obstáculos ao gozo de vida saudável.

No que se refere ao valor comunitário, a situação deve ser desmembrada, pois trilharão por caminhos que bifurcam. Tanto a eugenia negativa em células somáticas como em células germinativas, quando realizadas no objetivo de evitar transmissão de doenças graves, não lesa direitos de terceiros, muito pelo contrário, visa tutelar o direito à saúde e à integridade psicofísica da futura geração. Em relação consenso comunitário, não há rejeição social do procedimento, talvez seja até tema pouco abordado, mas que, por se revestir da possibilidade de evitar doença, é amplamente aceito. A bifurcação acontece no último elemento: a possibilidade de lesão para futuras gerações.

Em se tratando de células somáticas a ciência já evoluiu a ponto de realizar o procedimento com segurança a evitar danos na futura prole, limitando-se a modificar seu genoma exclusivamente para afastar o risco de acometimento de doença grave. É, portanto, aceita e a liberdade para realização do procedimento é considerada legítima. A mesma sorte não assiste à manipulação de células germinativas, cujos riscos para as futuras gerações não são conhecidos. Não se sabe qual o resultado a longo prazo uma modificação trará tanto para a pessoa, para a sociedade e para a própria humanidade. É imposta a barreira e a limitação da liberdade é legitimada.

A eugenia negativa terapêutica em células somáticas transpõe todos os filtros da autodeterminação, o que lhe confere a possibilidade de ser exercida pela pessoa humana como forma de promoção da dignidade da pessoa. Obviamente, havendo no caso concreto elemento que impeça o percorrer integral dos filtros, a reanálise da situação específica se impõe e a solução apresentada pode divergir, pois, como já mencionado, a fórmula sugerida nesta pesquisa não é com o propósito de dar resposta única às diversas situações e suas peculiaridades, mas conferir instrumento

geral, objetivo a buscar uma resposta em direção à segurança proposta pelo Direito.

A projeção de um filho não para por aí, por meio de manipulação nos genes humanos, que, embora seja o ser vivo de maior complexidade, avançou visando a busca de melhores condições de vida e saúde, já possibilita aos pais designers<sup>82</sup> a projeção de filhos com características pré-selecionadas, que será abordado nos itens subsequentes.

b) Eugenia positiva – seleção embrionária e/ou manipulação genética em células embrionárias – predefinição de características físicas, comportamentais e intelectuais – células somáticas e germinativas

A arte de dominar a vida é desejada não apenas por cientistas que detém meios e conhecimentos de invadir campo antes exclusivo da natureza e divindade para aqueles se firmam na fé, mas também por pessoas leigas, tecnicamente falando, que, diante da possibilidade de projetar o futuro na formada almejada, nela deposita suas expectativas.

Michael J. Sandel (2013, p. 64-73) narra o exagero dos pais, chamados de hiper pais, no desejo de tornar seus filhos os melhores naquilo que eles escolhem. O termo “eles”, contudo, nem sempre se refere ao filho e suas escolhas, mas aos próprios pais, que decidem e investem nos filhos para realização do melhor idealizado. O filósofo indica que o mercado americano para turbinar potencialidades dos filhos cresce de maneira vertiginosa. Parte de consultorias e treinamentos para ingresso em renomadas universidades, incentivo exagerado para os esportes e culmina na medicalização dos indivíduos na busca de maior concentração, principalmente através do uso do medicamento ritalina. As consequências nem sempre são boas e o objetivo dos pais de conferir o melhor para os filhos é mascarado. Crescem jovens sobrecarregados de obrigações, aumenta-se o número de cirurgias em crianças e que antes eram realizadas em atletas de alto rendimento e cria-se seres dependentes de medicamentos para conseguirem adequação social.

A ânsia por conquistar os filhos conforme o planejado, não é exclusividade da genética, mas é nela que se encontra a projeção mais desafiadora

---

<sup>82</sup> Termo utilizado para descrever os pais que desejam e se utilizam de técnicas científicas para projetar seus filhos, compondo artificialmente as características desejadas.

do futuro. Pais, visando realizar-se em seus filhos, utilizam-se de técnicas de reprodução humana artificial para, como verdadeiros *designers*, projetarem as características da sua prole. Cientificamente é possível selecionar o sexo, cor dos olhos, cabelo, algumas potencialidades como melhoramento de desempenho físico e de capacidade de memória. A própria clonagem humana, que ainda não é uma possibilidade divulgada, já é dada ciência geral de que estudos a aproximam da realidade.

Já em 2009 a clínica norte americana Fertility Institutes divulgou a oferta de seleção de sexo, cor de olhos e cabelos dos filhos aos pais que assim desejassem, através de seleção de embriões que carregassem as características escolhidas. A notícia causou grande debate ético, que se arrasta até os dias atuais. O principal questionamento, levantado por Gillian Lockwood, especialista britânica em fertilidade e integrante do comitê ético do *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists*, foi: "Se chegarmos ao ponto de decidirmos qual gene ou combinação de genes são responsáveis pelos olhos azuis ou cabelo loiro, o que você vai fazer com todos aqueles outros embriões que são ruivos ou têm olhos verdes?", (BBC, 2009).

Trata-se de típico caso de eugenia positiva, cuja "técnica tem por objetivo a manipulação do patrimônio genético do ser humano, de forma a torná-lo um meio de satisfazer interesses e preferências arbitrárias" (MORGATO, 2012, p. 108).

Num primeiro momento, o objetivo não é buscar melhoria na espécie humana, que configuraria eugenismo positivo correlato às atrocidades já presenciadas, mas de projetar numa pessoa, com fortes vínculos, ainda que consolidados no futuro, características que os pais entendem que serão "o melhor para seus filhos".

O desejo dos pais na projeção dos filhos pode ser retratado através do caso narrado por José Roberto Goldim (2003, p. 1), ocorrido em Barcelona, Espanha, de uma senhora, com 44 anos, mãe de 5 filhos, todos do sexo masculino, que solicitou ao médico a realização de reprodução humana artificial com seleção embrionária pelo sexo feminino para que pudesse realizar um grande desejo e superar a profunda frustração de não ter uma filha. Paralelamente, a senhora apresentava quadro grave de depressão, acentuado pelo diagnóstico errado da sua última gestação, pois, os exames indicavam que estava gestando uma menina e, na data do

parto nasceu seu quinto filho homem. Ao formular o pedido judicial para realização do procedimento de seleção embrionária, os médicos afirmaram ao juiz que nenhuma terapia havia tido sucesso em melhorar o quadro depressivo e que a ideia de ter uma filha que a cuidasse na velhice havia se tornado uma obsessão para ela. O procedimento desejado pela senhora era simples e sem riscos, porém, não conferia 100% de garantia que ela gestaria uma menina. Após parecer de diversos peritos médicos e psiquiatras, os quais foram favoráveis a realização do ato, pois não reconheciam qualquer impropriedade e vislumbravam a possibilidade de que tendo uma filha a senhora melhoraria do quadro depressivo refratário a tratamentos até então utilizados. O juiz de primeira instância autorizou o procedimento, porém, a decisão foi reformada em segunda e mantida em terceira instância.

O caso possui algumas particularidades e por envolver uma situação concreta, será adotado como paradigma a transpor a fórmula de regulação da autodeterminação para fins de conferir a legitimidade do exercício da liberdade de autodeterminação da senhora. Para tanto, serão adotadas as seguintes premissas: a) seleção/modificação genética na fase pré-implantatória; b) predefinição do sexo do bebê; c) finalidade não terapêutica; d) células somáticas.

Ao analisar o valor intrínseco a partir da criança instala-se o conflito entre os direitos da liberdade de autodeterminação da mãe e os direitos à integridade psicofísica e igualdade da filha projetada e a regra da proporcionalidade deve ser aplicada. Quanto à adequação, a seleção embrionária se mostra como medida adequada, pois é a forma capaz de gerar o filho conforme seu desejo existencial; quando à necessidade, é necessária, pois pela loteria natural as características da sua prole somente seriam conhecidas no nascimento e não é possível modificá-las; por fim, é proporcional pois a escolha do sexo do bebê pura e simplesmente não afeta seus direitos e interesses personalíssimos e existenciais. A definição do sexo do bebê não ficaria a cargo deste, mas sim de fatos da natureza que até hoje não se sabe explicar e que, exceto pela intervenção humana artificial, não se tem domínio.

No que se refere à autonomia, a reflexão deve evoluir do ponto de vista da mãe e da filha projetada. A senhora, na sua necessidade existencial teria a liberdade de escolher se mãe de uma menina, tal direito é conferido até mesmo por critério de igualdade, uma vez que, em processos de adoção, tal opção é ofertada aos pais adotivos. Impedir a mãe em escolher o sexo do bebê biológico, automaticamente,

deveria vedar a escolha de pais adotivos em relação ao sexo da criança adotada e das demais características.

Do ponto de vista da filha, não haveria invasão de sua esfera de autonomia, pois pela loteria genética, a ela não competia escolher ser menina ou menino. Sua liberdade partiria a partir de definições naturalmente a ela impostas (SANDEL, 2013, p. 21).

Nova perspectiva surge ao enfrentar o último componente da dignidade da pessoa humana e da fórmula de regulação da autodeterminação, quando a vontade da mãe sofreria barreira.

Ao percorrer os valores compartilhados pela sociedade, dada a pouca divulgação e o pouco debate verticalizado sobre o tema, não é possível extrair a existência de um consenso moral razoável que justifique a interferência do Estado na liberdade da mãe projetista. Os debates são restritos a entidades éticas e não há consenso.

Quando analisa o caso sob as lentes dos reflexos futuros da permissibilidade da seleção de sexo do bebê o conflito instalado impõe a vedação ao menos enquanto não há ponderação em relação ao seu uso, como por exemplo, na definição das situações excepcionais em que se torna permitida. Se somam defensores de que o planejamento familiar, quando já há um filho, permita a seleção do segundo ou terceiro, desde que não haja repetição do gênero da criança. Porém, diante da ausência de qualquer regramento específico, a matéria é abordada considerando a total liberdade de escolha.

Não será abordada a natureza jurídica do embrião e as questões éticas e jurídicas que envolvem seu descarte. É certo que para selecionar o embrião do sexo feminino, como desejado pela mãe do caso paradigma, muitos outros seriam originados e não seriam implantados. Porém, há técnica já desenvolvida pelo *Genetics & IVF Institute*, clínica de infertilidade com fins lucrativos localizada na Virgínia, EUA, que oferece a possibilidade de selecionar espermatozoides que carreguem cromossomos femininos, X. A seleção é feita antes da concepção e evita o embate jurídico em torno do embrião (SANDEL, 2013, p. 33).

O cerne da questão são os reflexos sociais trazidos pela seleção genética pelo sexo. Os riscos de desequilíbrio demográfico fundado, a discriminação sexual, dentre outras. Para a análise do caso, será abordado o conflito envolvendo o

desequilíbrio demográfico e a autodeterminação. Os reflexos da sociedade não são passíveis de serem mensurados e justifica o impedimento fundado no princípio da precaução.

Para o bem e para o desenvolvimento natural da humanidade é importante que haja equilíbrio demográfico, não apenas fins de reprodução humana, mas principalmente pelo fato de homens e mulheres desempenharem papéis importantes cada qual com suas particularidades.

Determinadas sociedades discriminam o nascimento de mulheres, outras a exaltam. Como exemplo do risco de desequilíbrio, na Índia o número de meninas a cada mil meninos caiu de 962 para 927 em duas décadas. Radiologistas itinerantes examinavam as mulheres grávidas e, quando identificada a gestação de menina, era realizado o aborto. A prática foi inibida pela proibição de realização de exames de ultrassom para identificar o sexo do bebê, já que, como apurado por uma clínica de Mumbai, dos 8 mil abortos realizados, somente um não foi por seleção de gênero (SANDEL, 2013, p. 32).

É certo que a seleção de gênero através de aborto não pode ser equiparada à seleção na fase pré-implantatória, tendo em vista do debate ético, jurídico e religioso que envolve aquele. Porém, as consequências em relação ao equilíbrio demográfico se assemelham.

As práticas de reprodução humana assistida são recursos excepcionais quando se trata de reprodução humana, tanto pelo doloroso processo ao qual a mulher é submetida como pelo alto custo. Contudo, é certo que as técnicas evoluem e os custos são reduzidos com o tempo. Há aumento significativo da procura por clínicas de reprodução humana artificial. A 11ª edição do SisEmbryo – Sistema Nacional de Produção de Embriões, publicada no portal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), aponta que ao longo de 2017 e 2018 houve aumento de 33.790 36.307 no número de procedimentos realizados no Brasil. Em 2012 foram congelados 32.181 embriões e em 2017 ultrapassou 78.216 (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PRODUÇÃO ASSISTIDA, 2018).

A prática reiterada de seleção embrionária pelo sexo do bebê, que certamente atrairia a grande maioria dos pais que dependesse da reprodução humana artificial para constituição de sua prole e também daqueles que pudessem procriar naturalmente mas optariam pela forma artificial a fim de ter filhos dos sexos desejados,

a longo prazo, poderia desencadear o desequilíbrio demográfico, que, pelo princípio da precaução, deve ser evitado, ao menos por hora, a fim de que, com maior segurança e, não havendo óbices de outras análises, seja futuramente autorizado.

A mesma reflexão não deve ser adotada para casos que envolvam a manipulação genética em embriões humanos, embora acolhida para fins terapêuticos, a seleção de características físicas, comportamentais, psicológicas do indivíduo devem ser observada sob outra perspectiva.

A seleção genética social, ou não terapêutica, é reprovada em grande parte do mundo. Os fundamentos são diversos mas o cerne geralmente envolve a instrumentalização do ser, autonomia e a auto-responsabilidade do indivíduo projetado e os riscos para as futuras gerações. Encontra resistência em todos os componentes da dignidade da pessoa humana e sua vedação já é imposta no primeiro componente da fórmula sugerida nessa pesquisa para filtrar ações livres ou impedidas pela ordem jurídica.

O valor intrínseco da pessoa humana é representado pela máxima kantiana de que o homem não pode ser meio para realização de quaisquer fins, ele é um fim em si mesmo. Ao selecionar as características da futura prole, os pais, de forma velada ou em evidência, buscam sua realização através desses seres que estão por vir.

A pré-programação genética artificial suprime do indivíduo idealizado o direito de se construir como único autor da sua vida e de se autodeterminar. Lhe priva dos componentes mais básicos da dignidade da pessoa humana. A ideia de autodeterminação dos pais *designers* através do nascimento de um filho idealizado e projetado extrapola os limites de sua esfera pessoal e atinge a esfera de sua futura prole, nos bens e direitos que são mais sensíveis aos seres humanos: sua liberdade e sua integridade psicofísica.

Quando o pai se projeta no filho, definindo, planejando suas características, está se apropriando de sua liberdade e autonomia, caracterizando-o um objeto. Essa ação desconsidera completamente a qualidade dos homens de seres racionais, de fins em si mesmos, o que é inadmissível, sob pena de se desconsiderar a humanidade do homem. (MORGATO, 2012, p. 117).

Habermas (2001, p. 210), ao discorrer sobre a clonagem tece fundamentos que também se aplicam aos demais casos de eugenia positiva principalmente ao compará-la com a escravidão. Impera-se “uma relação jurídica que significa uma pessoa dispõe de uma outra como da sua propriedade”. E concluiu que “ela é incompatível com os conceitos constitucionais vigentes hoje em dia de direitos humanos e de dignidade humana”.

Para o filósofo, a projeção dos padrões genéticos dos filhos pelos pais destrói o que ele denomina de ação responsável, pois permite ao ser projetado atribuir a outros as consequências do seu destino e de suas ações, além de atingir profundamente a noção de autocompreensão moral, pois rompe a reciprocidade entre pessoas de igual condição, pois subtrai a simetria de igualdade no campo existencial (HABERMAS, 2001, p. 210-212).

Essa assimetria, quando vislumbrada sob a perspectiva de seleção de cor dos olhos e cabelos pode não representar tanta disparidade, nem para a formação moral do próprio indivíduo, que não releva a seleção, nem para a sociedade. Porém, quando se trata de melhoramento de capacidade intelectual e melhoramento de capacidade física, mais facilmente é identificada a desigualdade artificial que refletirá em situações envolvendo o direito à igualdade substancial.

A seleção genética dos filhos, portanto, caso envolvesse fatores como capacidade intelectual e física poderia chegar a ponto de se estabelecer conflito entre o direito de autodeterminação da mãe e o direito à igualdade substancial do filho, que, na proporcionalidade em sentido estrito, indicaria a imposição da vedação na realização do procedimento.

O primeiro componente da dignidade da pessoa humana, e também o primeiro filtro a definir a possibilidade de autodeterminação biojurídica, já é suficiente para demonstrar a impossibilidade de seleção genética sem fins terapêuticos envolvendo células somáticas, quiçá envolvendo células germinativas, agravada pelos riscos às futuras gerações, que será abordado a seguir.

Além do valor intrínseco, manifestado pelo conteúdo jurídico da integridade psicofísica e igualdade, as técnicas de eugênia positiva encontrariam limitação também nos demais componentes mínimos da dignidade da pessoa humana, pelo fato dos pais disporem de direito dos filhos em construir sua própria existência de forma autônoma e pela resistência moral e ética que se sobrepõe ao

seu acolhimento (MORAGATO, 2012, p. 110). A mãe não teria autonomia para dispor da esfera privada da filha, única titular para estabelecer suas escolhas, diferentemente dos procedimentos com finalidade terapêutica, cuja liberdade de autodeterminação é assegurada pela dignidade da pessoa humana.

A ideia de autodeterminação dos pais *designers* através do nascimento de um filho idealizado e projetado extrapola os limites de sua esfera pessoal e atinge a esfera de sua futura prole nos bens e direitos que são mais sensíveis aos seres humanos: sua liberdade e sua integridade psicofísica. Há vedação também no segundo componente da fórmula de regulação da autodeterminação fundada na dignidade da pessoa humana.

No entanto, principalmente na modificação genética em células germinativas, sem afastar inclusão das células somáticas nesta explanação, o valor comunitário impõe obstáculo intransponível para o exercício da liberdade de pré-programação genética dos pais pelos filhos.

Grande parte dos países negam a intervenção genética humana no genoma humano, porém, eticamente tal assunto é objeto de debates profundos. Neste ano de 2018, um grupo de médicos de uma fundação britânica de debates bioéticos defendeu a permissibilidade de melhoramento genético humano, porém, antes de haver qualquer modificação legislativa, destacou a importância de que sejam feitas pesquisas sobre a segurança e os efeitos da tecnologia, também na sociedade, bem como um amplo debate. O Conselho Nuffield de Bioética, em resposta, afirmou que “alterações genéticas que garantam uma vida melhor para as pessoas podem ser moralmente aceitáveis desde que não aumentem a discriminação e a divisão social” (UOL, 2018).

Primeiramente, a seleção de cor dos olhos e cabelos não confere melhores ou piores condições de vida. Da mesma forma, elevado grau de capacidade de memória ou alta rendimento de esportes não garantem uma vida melhor ao seu titular. Pode ser que o indivíduo com estimado porte atlético não se afeiçoe ao esporte mas prefira se dedicar aos estudos e trabalho intelectual. A hipótese, portanto, não seria albergada pelo posicionamento do Conselho Nuffield de Bioética.

Na mesma notícia, opositores da intervenção artificial na genética humana manifesta a preocupação de usurpar a delimitação de “melhor qualidade de vida” como condição de permissão e, como já desejado por muitos pais, se torne

possível a criação de “bebês sob medida” e estudos técnicos apontam que o procedimento implica em mutações genéticas não desejadas e risco de câncer em algumas células (UOL, 2018).

Se a “simples” seleção embrionária já apresenta potencial lesivo às futuras gerações que justifica a vedação da sua prática, a manipulação por motivos sociais e egoísticos no genoma humana, especialmente quando envolve células germinativas, devem ser firmemente combatida. Os riscos de lesões para as futuras gerações não permite arriscar.

Ainda que não houvessem riscos, o desenvolver natural da humanidade é que proporciona diversas conquistas e conhecimentos.

“Remodelar a natureza, incluindo a natureza humana, para servir a nossos propósitos e satisfazer nossos desejos”, afirma Michael Sandel (2013, p. 40), é que esse impulso à maestria desconsidera, e pode até mesmo destruir “a valorização de dádiva da vida que existe nas potências e conquistas humanas”. É necessário conhecer e:

Reconhecer o aspecto de dádiva da vida é reconhecer que nossos talentos e nossas potências não são méritos unicamente nosso; não são sequer completamente nossos, apesar de todos os nossos esforços para desenvolve-los e exercita-los. Reconhecer que nem tudo no mundo está aberto a qualquer tipo de uso que possamos desejar ou imaginar. A valorização do aspecto de dádiva da vida restringe o projeto prometeico e conduz a certa humildade. Apesar de em parte ser uma sensibilidade religiosa, seus ecos ressoam para além da religião. (SANDEL, 2013, p. 41).

A afirmação do autor é retratada por diversas provas de que nem sempre um problema, uma dificuldade, um defeito no indivíduo vai representar numa impossibilidade de concretização de um conceito de vida boa.

O autismo, doença até hoje sem cura e que para muitos impõe à pessoa a uma vida solitária e sem realizações, foi condição para que grandes profissionais conseguissem chegar ao topo de suas carreiras e ganhassem destaque mundial. É o caso de Lionel Messi, consagrado melhor jogador de futebol do mundo por 5 vezes; Bill Gates, criou o sistema Windows e se tornou diretor da gigante Microsoft (AUTISTOLOGOS, [200-]). Stephen Hawking, portador da esclerose lateral amiotrófica, rara doença degenerativa que paralisa os músculos do corpo sem, no entanto, atingir as funções cerebrais, foi um dos físicos teórico e cosmólogo britânico

mais consagrados deste século (WIKIPEDIA, 2018). A surdez que acometeu Ludwig van Beethoven a partir do ano de 1796 não foi capaz de calar seu canto e a primeira sinfonia data de 02 de abril de 1800 (WIKIPEDIA, 2018).

No Brasil, tem-se hoje o caso do pianista e maestro João Carlos Gandra da Silva Martins, que venceu as apunhaladas da vida que insistentemente o afastou dos palcos e, do já consagrado mundialmente pianista, se tornou o maestro cuja grandeza é reconhecida (WIKIPEDIA, 2018).

Os exemplos vão muito além dos narrados e servem para ilustrar que “defeitos” nos seres humanos, para uns assim se apresentam, para outros, é uma escada para ir além e fazer história.

O homem, na ganância pelo domínio da vida e da morte, busca interferir na sábia natureza. Essa intervenção, até certa medida, traz efetivas vantagens, porém, a utilização sem sapiência pode conduzir por caminhos irreversivelmente indesejados.

Ao Direito cabe regular as condutas humanas e, por sua coercibilidade, assume o papel de conduzir as técnicas biocientíficas por caminhos que efetivamente tragam vantagens para os indivíduos e para a sociedade atual e futura.

É certo que existem inúmeras outras situações que poderia ser escolhidas teste de efetividade do filtro, porém, demandaria dedicação e disposição de tempo maior que o conferido para a duração da pesquisa. A amostragem selecionada, contudo, é capaz de sustentar a confirmar a hipótese da dignidade da pessoa humana como substrato fundamental da fórmula de regulação da autodeterminação e na condução da ciência em direção a um futuro verdadeiramente promissor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Autodeterminar-se! Essa é a palavra de ordem nos dias de hoje, utilizada para justificar a adoção de comportamentos bastante diversificados numa sociedade pluralista como é a atual. Não somente no contexto nacional, mas internacionalmente falando, já que os limites das relações intersubjetivas e até mesmo dos atos mais íntimos do indivíduo já não sofrem barreiras geográficas.

Ao enfrentar o conteúdo da autodeterminação, a fim de se estabelecer os seus contornos, a pesquisa necessariamente percorreu a análise da dignidade da pessoa humana, que impôs a releitura de todo o direito privado e é fundamento daquela, porém, consiste em conceito abstrato, corriqueiramente utilizado tanto dos operadores do direito como dos próprios indivíduos, que nela se socorrem para justificar suas vontades.

Surgiu então a inquietação sobre o que é e quais são os verdadeiros contornos da autodeterminação nos atos de disposição do próprio corpo. Tanto se fala em liberdade, porém, a liberdade sem freios preocupada, renega o próprio direito.

A hipótese apresentada foi identificar no próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana, que fundamenta a autodeterminação, também os seus limites.

Para comprovação da hipótese iniciou a pesquisa com a contextualização dos problemas emergidos dos avanços científicos da biomedicina, que, além de trazer a cura para doenças do corpo e da alma, conferindo efetividade à tutela da integridade física e psíquica, proporcionando às pessoas sua realização plena quando o mundo dos fatos não lhes conferiam tal oportunidade, como por exemplo as dificuldades de gerar filhos; trouxeram também situações novas, conflitos de interesses novos, que fogem quase que totalmente das hipóteses tipicamente normatizadas.

Diante da contextualização, ponderou a relevância da reflexão bioética e o nascimento de um novo ramo do Direito, o biodireito, os quais buscam recursos para conduzir as relações intersubjetivas advindas, o progresso científico e a utilização dos recursos pelas pessoas, a fim de lhes garantir um saudável aproveitamento dos recursos disponibilizados e zelar pelo respeito à dignidade humana, tanto sob o viés da humanidade como do indivíduo particularizado.

A bioética surgiu com o papel de fundamentar e limitar a ciência, que busca expansão de reconhecimento autônomo sem vinculação com as regras morais, e como resultado de reflexão sobre a condução dos avanços científicos, ganharam destaque e influência geral os consagrados princípios ou referenciais bioéticos: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

A bioética, apregoada na reflexão da relação entre o homem e os avanços científicos, porém, se estabelece na consciência do ser. O Biodireito é consequência desse pensar e da necessidade de tutela jurídica, caracterizada coatividade e pela leitura multidisciplinar, dos conflitos jurídicos advindos da biotecnologia.

Ao abordar a construção do Biodireito, foi identificada a ausência normativa que conferisse respostas prontas aos casos biojurídicos, caracterizados como de difícil solução por envolver conflitos de interesses jurídicos relevantes. A diversidade dos problemas envolvidos e a rapidez com que novas situações emergem, justifica que a melhor regulamentação jurídica se dê através de cláusulas gerais, normas com conteúdo indeterminado e aberto e princípios, cuja concreção acontece quando da sua aplicação aos casos concretos, pois desta forma ao sistema jurídico é conferida maior flexibilidade e aptidão em acolher novos fatos, ainda que não regulados tipicamente.

Como ramo em edificação e pela ausência de normatização específica, o Biodireito é composto por princípios a ele incorporado de outros ramos do Direito, que, doutrinariamente, vão sendo reconhecidos como eficaz na busca de uma solução justa e segura. Para abordar a problemática desta pesquisa, foram elencados, além dos princípios bioéticos, a sacralidade da vida e, por atrair cada vez mais conflitos que podem afetar diretamente toda a humanidade, como por exemplo técnicas de aperfeiçoamento genético que podem modificar as características da espécie humana, foram encontrados princípios ambientais que, além de introduzidos em virtude da macrobioética, assim o foram também pensando na natureza humana. São eles: princípio do desenvolvimento sustentável, prevenção, precaução e solidariedade intergeracional.

Estabelecido o cenário atual de tutela dos interesses biojurídicos, compreendidos como os interesses juridicamente relevantes que envolvam atos de disposição que afetem direta ou indiretamente a vida e a integridade psicofísica,

adentrou-se então no abstrato campo da dignidade da pessoa humana, que, após trilhar por diversas leituras em sua linha evolutiva, foi consagrada como valor fundamental da ordem jurídica interna, representada por princípios e regras. A necessidade de traçar seu conteúdo mínimo, extraído como valor intrínseco, autonomia e valor comunitário, surgiu da tentativa de fugir da abstração e de se incorrer no erro de aplicação irreflexiva e vaga de tão importante fundamento.

Os componentes do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana foram abordados especificamente. O valor intrínseco, enquanto elemento filosófico, está diretamente ligado ao imperativo categórico kantiano de que o homem é um fim em si mesmo e não meio para obtenção de uma finalidade e do seu conteúdo moral, extraem-se conteúdos jurídicos, não taxativos, como a tutela do direito à vida, integridade psicofísica e igualdade.

Para análise da autonomia, partiu-se dos conceitos de liberdade positiva e negativa, de onde se extraiu a necessidade de se observar o mínimo existencial, não exclusivamente no sentido de garantias mínimas para sobrevivência, mas como condições mínimas a garantir o exercício da liberdade, com destaque à importância de informação clara e precisa a conferir manifestação plena de vontade dos indivíduos.

O valor comunitário retrata o indivíduo como um ser social e inserido numa comunidade que lhe emprega direitos e deveres. É, portanto, o componente que mais estabelece limite à liberdade, partido do princípio da solidariedade, que ganha destaque por representar valores a serem praticados na vida em comum. No entanto, tais valores não emergem naturalmente do agir humano e o Estado é autorizado a intervir, especialmente na proteção de terceiros, da sociedade, e, inclusive, do próprio indivíduo.

Delineada a dignidade da pessoa humana e identificada na autonomia privada um instrumento de sua realização, a pesquisa foi direcionada aos negócios jurídicos. Dedicou-se então à sua conceituação como declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos e sua releitura a partir da superação da teoria clássica do direito privado à luz da Constituição Federal.

A consagração constitucional da dignidade da pessoa humana fez romper conceitos clássicos do direito privado. As consequências que mais refletiram nos negócios jurídicos foram a repersonalização do direito civil, através da qual o

homem, como ser concreto, se tornou centro da ordem jurídica, refutando a figura do sujeito de direito abstrato; o rompimento da dicotomia do direito público e privado, pois a tutela da personalidade humana demonstrou a necessidade de maior intervenção no âmbito privado; a imposição de limites na então irrestrita autonomia da vontade, que passou a ser funcionalizada, devendo respeitar a função social, a boa-fé objetiva e demais valores emergentes da dignidade da pessoa humana, ainda que atípicos.

O cenário, embora contemporâneo, não foi capaz de absorver todas as situações advindas do veloz desenvolvimento da sociedade, com destaque deste trabalho para os avanços da biomedicina e biotecnologia, porém, abriu espaço para o reconhecimento desses interesses juridicamente relevantes, que não poderiam permanecer nas dobras do direito.

Nova releitura foi imposta, e as relações jurídicas passaram a não ser compostas mais por dois sujeitos (abstratos) e um vínculo jurídico de poder-dever, mas sim por centros de interesses complexos, em que são identificados ônus, poder jurídico, interesses juridicamente relevantes, direito subjetivo, obrigações, dentre outros.

O negócio jurídico contemporâneo deixou de figurar na estrutura clássica de relação jurídica e atualmente adota a figura da situação jurídica, cujos polos deixam de ser ocupados por sujeitos e passam aos centros de interesses, cujos titulares manifestam livremente sua vontade a fim de gerar efeitos jurídicos.

Através dessa releitura, o Direito absorveu as relações jurídicas existenciais, como superação da dependência de tutela aos direitos subjetivos, e os negócios jurídicos existenciais, os quais deixam o caráter patrimonialista que envolveu as relações intersubjetivas desde tempos remotos, e adotou caráter existencial, cujo objetivo dos sujeitos envolvidos não é mais somente a circulação de riquezas, mas sim a busca de sua realização enquanto pessoa, dotada de dignidade.

O acolhimento dos negócios jurídicos existenciais representou uma superação da crise instalada sobre a sobrevivência de seu conceito enquanto categoria abstrata e permitiu o reconhecimento dos negócios biojurídicos, entendidos como os negócios jurídicos existenciais cujo interesse envolvido é a liberdade de disposição de bens jurídicos como a vida e a integridade psicofísica.

A liberdade conferida através da tutela das situações jurídicas existenciais deixou de se amoldar à tutela da autonomia privada com viés patrimonial,

e recebeu o nome de autonomia privada existencial ou autodeterminação. Como dito, através da autodeterminação, o indivíduo age no sentido de edificar sua existencialidade e se reconhecer como pessoa e a distinção de regramento jurídico decorre de consequência lógica, já deflagrada pelo fundamento constitucional que as garante. A autonomia privada é fundada na livre iniciativa, ao passo que a autodeterminação se funda na dignidade da pessoa humana. Os valores que as diferenciam são opostos e, do fundamento existencial, foi possível identificar as principais características da autonomia existencial: indisponibilidade dos direitos da personalidade, cuja interpretação é relativizada a permitir a autonomia em relação ao seu exercício, ainda que a titularidade permaneça intocada; dessa conclusão, outras vieram, no sentido de que a disposição deve ser marcada pela gratuidade, necessidade de consentimento qualificado, valoração da vontade subjetiva e não da objetiva, impossibilidade de representação, revogabilidade, incoercibilidade e tutela do princípio da autorresponsabilidade.

É na dimensão da autodeterminação ou autonomia existencial que se localiza a, aqui nominada especialmente para fins de delimitação da pesquisa, de autodeterminação biojurídica, entendida como liberdade de disposição de bens jurídicos como a vida e integridade psicofísica, a qual recebe tutela diretamente do valor constitucional, para qual é funcionalizada.

Diante da abordagem teórica realizada, concluiu-se que o valor fundamental da dignidade da pessoa humana garante a liberdade de disposição da vida e da integridade psicofísica, quando seu exercício representa a própria realização existencial do indivíduo, porém, nela também se encontram critérios a estabelecer os limites da autodeterminação.

Do conteúdo da dignidade da pessoa humana e no anseio de conferir maior objetividade na análise de casos concretos, apta a ensejar maior segurança e equilíbrio nas decisões, foi extraída a fórmula da autodeterminação. O aplicador jurídico deverá partir do valor intrínseco, e nele avaliar a existência de conflitos entre a liberdade individual e direitos fundamentais como a vida, integridade psicofísica e igualdade, no sentido de evitar a instrumentalização do homem e sua redução como meio e não fim. Superada essa análise, percorrerá pelo critério da autonomia, no qual será avaliada se a liberdade de disposição do indivíduo encontra-se dentro da sua esfera privada ou invade esfera alheia, ou seja, se há ou não autonomia. Será avaliado

também o mínimo existencial e a presença de condições para a formação da vontade de forma livre e esclarecida, cuja finalidade obrigatoriamente é existencial.

Não havendo restrição à autodeterminação, será analisado o último que é o valor comunitário, no qual permeará as influências dos valores compartilhados pela sociedade e, sendo razoáveis, justificará a intervenção na esfera individual. Não sendo razoável ou envolvendo questões eminentemente morais relevantes o Estado deve se omitir e não interferir. O último ponto de reflexão é então os riscos de lesão para as futuras gerações e para formação da decisão serão adotados critérios do Direito Ambiental, especialmente os princípios da prevenção, precaução e solidariedade intergeracional.

Dentro de cada item, ou cada filtro da fórmula, é possível identificar pontos de conflito entre direitos fundamentais, o qual será dirimido através da regra da proporcionalidade idealizada por Robert Alexy, que pondera os direitos a partir da análise pré-ordenada e subsidiária da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Como teste para avaliação da eficácia da fórmula, conflitos que envolvem o aperfeiçoamento genético e a seleção embrionária foram recortados e submetidos aos filtros. Essa análise comprovou que da dignidade da pessoa humana é possível extrair os critérios de solução de conflitos de casos difíceis do Biodireito e a fórmula sugerida confere instrumento formal para estabelecer o filtro de limitação da autodeterminação biojurídica.

A autodeterminação biojurídica, portanto, tem seu começo e seu fim no princípio da dignidade da pessoa humana, os quais devem ser aplicados com reflexão, pois, marcados pela abstração, as leituras superficiais tendem a desnaturar os institutos e esvaziar o regramento sobre a liberdade de disposição do próprio corpo.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 12, v. 45, jan./mar. 2011.
- ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed São Paulo: Malheiros, 2015. Tradução de: Theorie der Grundrechte.
- AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral; RICETTO, Pedro Henrique Arcain. Fenomenologia Jurídica e a intrínseca correlação entre as situações jurídicas existenciais e a conformação dos novos danos. In: **Direito civil constitucional** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Richard Pae Kim, Tereza Cristina Monteiro Mafrá – Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 20-45.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-modernidade. In FREIRE DE SÀ, Maria de Fátima; FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-76.
- AMARAL, Francisco. Por um Estatuto Jurídico da vida humana: a construção do Biodireito. In: SIMPÓSIO DE BIOÉTICA E BIODIREITO, 1997, Londrina. **Anais...** Londrina: 1997.
- ANANIAS, Vanessa Drumond Patrus. Situação jurídica patrimonial e existencial. **Revista Direito Net**, out. 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8120/Situacao-juridica-patrimonial-e-existencial>>. Acesso em: 02 jul. 2018.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil: ações e factos jurídicos**. Lisboa: Coimbra, 1992.
- AUTISTOLOGOS. **Autistas famosos e histórias de sucesso**. Disponível em: <<https://www.autistologos.com/autistas-famosos->>. Acesso em: 01 ago. 2018
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org). **O direito civil do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55-72.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 11-26, mar. 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas Internacionais da bioética. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 362, p. 73-108, jul./ago. 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. In: SIMPÓSIO PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO, 2000, Brasília. **Anais...** Brasília: Bioética – Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, v. 8, n. 2, p. 209–216, 2000, p. 209-230.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 97-135.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 383-423.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Disponível em: <[http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 07 fev.2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 919, maio 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, n. 1, 2006. p. 1-48.

BBC. **Clínica nos EUA oferece escolha de cor de olhos de bebês**. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/03/090302\\_bebeescolhaeuafn](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/03/090302_bebeescolhaeuafn)>. Acesso em: 01 ago. 2018

BBC. **Mulher usa sêmen do filho morto e barriga de aluguel para se tornar avó**. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/geral-43162469?ocid=socialflow\\_facebook](http://www.bbc.com/portuguese/geral-43162469?ocid=socialflow_facebook)>. Acesso em: 06 abr. 2018.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BESSA, Braulio. **Cordel sobre Gênero**. Disponível em: <<http://especiaiss3.gshow.globo.com/programas/encontro-com-fatima-bernardes/poesia-com-rapadura/>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BETTI, Emilio. **Teoria do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as Ideias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XX. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 293-320.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org). **Direitos Fundamentais e Biologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 59-76.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e crítica à razão patrimonial aplicada aos direitos da personalidade. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Org). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 91-108.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil**. Enunciados aprovados nº 272 a 396. 2006.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: Considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 175-192.

BRAZ, Marlene. Espera e revelação: a pesquisa com testes preditivos para câncer de mama e a ética. **Revista Bioética**, p. 241–58, 2008.

CAMPOS, Paloma Biglino. Biotecnologia, dignidad de la persona y protección de los derechos fundatamentales en la Unión Europea. In SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 163-174.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARIOTA-FERRARA, Luigi. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Nápoles: Morano, 1949.
- CARIOTA-FERRARA, Luigi. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Nápoles: Morano, 1949.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. El derecho del niño su propio cuerpo. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org). **O direito civil do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-54.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Kondre. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COMPARATO, Fábio Kondre. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.168/2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicada no Diário Oficial da União de 10 novembro 2017, Seção I, Página 73.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM, 1985.
- CORTE CONSTITUCIONAL. **Homicídio por piedad**: Elementos/Homicídio pietístico o eutanásico/Homicídio eugenésico. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2018.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Compendio à introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito e à sociologia jurídica. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DOLGIN, Elie. **Making babies**: How to create human embryos with no egg or sperm. Disponível em: <<https://www.newscientist.com/article/mg23831730-300-making-babies-how-to-create-human-embryos-with-no-egg-or-sperm/>>. Acesso em: 01 ago. 2018
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**. Barcelona: Ariel, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Boston: Boston University Law Review, 2009.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Os direitos da personalidade em defesa do embrião pré-implantado. A autonomia corporal. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Org). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 159-182.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89-106.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FÉO, Christina; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. In: **Ensaio de Bioética e Direito**. VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). Brasília: Consulex, 2009.

FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nssser. Bioética e biodireito. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 2-3, p. 41-63. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11274>> Acesso em: 12 jan. 2018.

FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nssser. Entre princípios e situações: hermenêutica e projetos existenciais. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Org). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75-90.

FERRI, Luigi. **La Autonomía privada**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1969.

FRIAS, Lincoln. **A ética do uso e da seleção de embriões**. 2010. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/32001010012P9/TES.PDF>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

FRITZ, Karina Nunes. Tribunal Constitucional Alemão admite a existência de um terceiro gênero (comentário e tradução). **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Fritz-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

FURTADO, Rafael Nogueira. Desafios éticos das tecnologias de melhoramento humano. **Kínesis**, v. 9, n. 20, p. 235-251, jul. 2017. Disponível em: <[https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/12\\_rafaelfurtado.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/12_rafaelfurtado.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2018.

G1 Rio Preto e Araçatuba. **Justiça autoriza transfusão de sangue em recém-nascido de família Testemunha de Jeová**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/justica-autoriza-transfusao-de-sangue-a-crianca-de-familia-testemunha-de-jeova.ghtml>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

GALILEU. **Aplicativo promete unir casais com base em suas informações genéticas**. Disponível em: <[https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/03/aplicativo-promete-unir-casais-com-base-em-suas-informacoes-geneticas.html?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=post](https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/03/aplicativo-promete-unir-casais-com-base-em-suas-informacoes-geneticas.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=post)>. Acesso em: 06 abr. 2018.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GARRAFA, Volnei. O Mercado de Estruturas Humanas. In: SIMPÓSIO PACIENTES TERMINAIS, 1993. **Anais...** Brasília: Bioética – Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, v. 1, n. 2, 1993, p. 115–123.

GARRAFA, Volnei. Questões sobre Bioética. **Revista CEJ**, v. 3, n. 8, maio/ago. 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/rt/priniterFriendly/212/374>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel. A Bioética do Século XXI. **Bioética**, v. 7, n. 2, p. 207-212, 1999.

GOLDIM, José Roberto. **Seleção de Sexo por Técnicas de Reprodução Assistida**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/sexsel.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. São Paulo: Forense, 2007.

GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis; ARMELIN, Priscila Kutne. Bioética e Biodireito: uma interseção pelo biodireito. In: \_\_\_\_\_; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo (Org). **Políticas públicas e bioética**. Estudos em homenagem à professora Dra. Valéria Silva Galdino Cardin. Maringá: Massoni, 2014. p. 63-86.

HABERMAS, Jurguen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberar?** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes: 2004.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e biodireito: Revolução biotecnológica. Perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. In: SEMANA

JURÍDICA E CULTURAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, SEMANAJUR, 1., 2001, São Bernardo do Campo. **Anais...** São Bernardo do Campo: UFSC, 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/bio%C3%A9tica-e-biodireito-revolu%C3%A7%C3%A3o-biotecnol%C3%B3gica-perplexidade-humana-e-prospectiva-jur%C3%ADica>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil do século XXI. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL, 2002, Itajaí. **Anais...** Itajaí: UNIVALI, 2002. Disponível em: <[http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo\\_giselda\\_tendencias.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_tendencias.pdf)>. Acesso em: 24 ab. 2018.

HUXLEY, Aldous. **O admirável mundo novo**. Tradução de Felisberto Albuquerque. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira. **O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

LÊDO, Ana Paula Silveira Ruiz; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade da pessoa humana. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p. 248-286, nov. 2017.

LÊDO, Ana Paula Silveira Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade Humana: O negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/L%C3%AAdo-Sabo-e-Amaral-civilistica-com-a.6.n.1.2017.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, George Salomão. Ensaio sobre bioética constitucional. In: \_\_\_\_\_; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org). **Direitos Fundamentais e Biologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 45-58.

LE MOS, Vinicius. **‘Carrego seu filho por R\$ 100 mil’: o mercado online da barriga de aluguel**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FREIRE DE SÀ, Maria de Fátima; FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo horizonte: Del Rey, 2003. p.197-217.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

LOUREIRO, João Carlos. Habermas e o futuro da natureza humana: leituras de um jurista. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 133-162.

MACHADO, Paulo Affonso Lemes. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Fronteiras entre o direito público e o direito privado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 908, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7788>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Negócios Jurídicos Existenciais. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Org). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 139-158.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais...** Florianópolis: FUNJAB, 2007. p. 6328-6348.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. São os direitos fundamentais disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy. **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro/Criciúma, v. 2, p. 43-70, 2009. Disponível em: <[http://works.bepress.com/leticia\\_martel/4](http://works.bepress.com/leticia_martel/4)>. Acesso em: 24 abr. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175932>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito. **Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP**, v. 3, p.13-30, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63-87.

MEIRELES, Rose Mello Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 217-241, jan./mar. 2006.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios Biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Org). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 109-120.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Biodireito e Constituição. **Revista do Direito Privado da UEL**, Londrina, v. 1, n. 1, jan./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/BiodireitoeConstitui%C3%A7%C3%A3oJussaraMeirelles.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-114

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édís. Princípios Fundamentais do Direito do Ambiente. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Ambiental**. Fundamentos do Direito Ambiental. São Paulo: RT, 2011.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Campinas: Vide, 2018.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais de Direito Ambiental. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Ambiental**. Fundamentos do Direito Ambiental. São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v. 1, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civilconstitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, 19(3), p. 779-818, 2014.

MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e Direito**: Limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano. São Paulo: Letras Jurídicas: 2012.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005.

MOTES, Carlos Maluquer de. **Derecho de la persona y negocio jurídico**. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1993.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Res. 41/128, 1986.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

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

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-62.

NEVES, Nedy Maria Branco Cerqueira; SIQUEIRA, José Eduardo de. A bioética no atual Código de Ética Médica. **Revista Bioética**, 18(2), p 439-450, 2010.

PECES-BARGA, Gregorio. Ética Pública, Ética Privada. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Liber Amicorum**. San José: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 1225-1239.

PECES-BARGA, Gregorio. Ética, Poder y Derecho: Reflexiones ante el fin de siglo. Centro de Estudios Constitucionales. **Cuadernos y Debates**, Madrid, n. 54, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: volume 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGLIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005.

PICOULT, Jodi. **A guardiã da minha irmã**. São Paulo: Verus, 2011.

PIVATO, Marcilei Gorini; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O pós-positivismo e os princípios contratuais da boa-fé e da função social. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p. 264-291, nov. 2016.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

PONA, Éverton Willian; TESHIMA, Márcia. X-Men: da ficção à realidade? Posicionamentos de sentinelas bioconservadoras. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, n. 205, jan./mar. 2015, p. 189-211. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509949>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

PONA, Éverton Willian. A vida numa casca de nóz? – A insuficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e a realização da autonomia privada. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Org). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 21-74.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics, the science of survival**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/bioet70.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RAMOS, César Augusto. O liberalismo político e seus críticos. **Crítica**: Revista de Filosofia, Londrina, v. 12, n. 32, p. 229-264, out. 2005.

RAMOS, César Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Transformação**, Marília, v. 34, n 1, p. 43-66, 2011.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

RIVABEN, Fernanda Scharfer. Biodireito: uma disciplina autônoma? **Bioética** – Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, Brasília, 25(2), p. 282-289, 2017. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1247](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1247)>. Acesso em: 23 abr. 2018.

ROBERTI, Maura. **Biodireito**: novos desafios. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Derecho Genético**. 4. ed. Lima: Grijley, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. O microsistema do biodireito. In: \_\_\_\_\_; FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 185-195.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. O corpo sob a perspectiva patrimonial: entre o mercado, a moral e o direito. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Org). **Negócio Jurídico e Liberdades Individuais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 121-138.

SALI, Felipe. **Estônia quer fazer testes de DNA nos seus habitantes**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/estonia-quer-fazer-testes-de-dna-nos-seus-habitantes/>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

SAMPAIO, Rômulo. Direito Ambiental. SANDEL, Michael J. **Justiça** [recurso eletrônico] / Michael J. Sandel; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição. Ética na era da engenharia genética**. 1 ed. Tradução: Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTOS, B. S. **As tensões da modernidade**. Porto Alegre, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWCZ, Severo. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PRODUÇÃO ASSISTIDA. **Cresce a demanda de pacientes às clínicas de reprodução humana**. Disponível em: <<http://sbra.com.br/noticias/cresce-a-demanda-de-pacientes-as-clinicas-de-reproducao-humana/>>. Acesso em: 01 ago. 2018

SÓFOCLES. **Antígone**. EbooksBrasil. 2005.

SOUZA, Eduardo Nunes. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**, ano 4, n. 1. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Souza-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

STALLYBRASS, Peter. **O casaco de Marx**: roupas, memória, dor. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **O sonho da maternidade às portas do Judiciário**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-sonho-da-maternidade-%C3%A0s-portas-do-Judici%C3%A1rio](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-sonho-da-maternidade-%C3%A0s-portas-do-Judici%C3%A1rio)>. Acesso em: 01 ago. 2018

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual**: Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 220.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. \_\_\_\_\_ . In: **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.2, 2000. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/volume/RTDC.Editorial.v.002.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 467-519.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, p. 20-49, 1989.

UOL. **Editar os genes dos bebês é eticamente aceitável ou reforça preconceitos?** Disponível em:

<<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/07/28/editar-os-genes-dos-bebes-e-eticamente-aceitavel-ou-reforca-preconceitos.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 01 ago. 2018

VAIANO, Bruno. **Barbra Streisand clonou seu cão – o que é meio errado e completamente sem sentido**. Disponível em:

<<https://super.abril.com.br/blog/supernovas/barbra-streisand-clonou-seu-cao-o-que-e-meio-errado-e-completamente-sem-sentido/>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

VAIANO, Bruno. **Governo inglês autoriza criação de bebês com duas mães e um pai**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/governo-ingles-autoriza-criacao-de-bebes-com-duas-maes-e-um-pai/>>. Acesso em: 01 ago. 2018

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade**: contexto científico regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da Biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VEJA. **Cientistas avançam no uso células-tronco para doenças incuráveis**.

Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/cientistas-avancam-no-uso-celulas-tronco-para-doencas-incuraveis/>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

WALD, Arnold. **Direito Civil**: Introdução e Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

WIKIPEDIA. **João Carlos Martins**. Disponível em:

<[https://pt.wikipedia.org/wiki/Jo%C3%A3o\\_Carlos\\_Martins](https://pt.wikipedia.org/wiki/Jo%C3%A3o_Carlos_Martins)>. Acesso em: 01 ago. 2018

WIKIPEDIA. **Ludwig van Beethoven**. Disponível em:

<[https://pt.wikipedia.org/wiki/Ludwig\\_van\\_Beethoven](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ludwig_van_Beethoven)>. Acesso em: 01 ago. 2018

WIKIPEDIA. **Stephen Hawking**. Disponível em:

<[https://pt.wikipedia.org/wiki/Stephen\\_Hawking](https://pt.wikipedia.org/wiki/Stephen_Hawking)>. Acesso em: 01 ago. 2018

## ANEXO

## ANEXO A - FÓRMULA GERAL DE REGULAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO

